Heft 50 [3137] 67. Jahrgang 10. Dezember 1938

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes
Herausgegeben von dem Reichsgruppenwalter, Rechtsanwalt Dr. H. Droege

Antragsrecht, Beschwerderecht und Vollzugspflicht der Notare in Grundbuchsachen

Von Amtsgerichtsrat Dr. Recke, Berlin

Übersicht

*

Einige neuere Gesetzesvorschriften und höchstrichterliche Entscheidungen sowie die Fortentwicklung des Notariatsrechts im allgemeinen lassen es angebracht erscheinen, das Antrags- und Beschwerderecht und die Vollzugspflicht der Notare in Grundbuchsachen zusammenfassend darzustellen.

1. Vermutete Vollmacht

Nach § 15 GBO. gilt der Notar, der die zu einer Eintragung erforderlichen Erklärungen beurkundet oder beglaubigt hat, als ermächtigt, im Namen eines Antragsberechtigten die Eintragung im Grundbuche zu beantragen. Die Bevollmächtigung des Notars wird nicht vom Gesetze fingiert, sondern wird — dies ist wohl die allgemeine Meinung — nur vermutet. Die Vermutung kann widerlegt werden; es genügt dazu eine entsprechende Erklärung desjenigen, den der Notar nach § 15 GBO. zu vertreten berechtigt wäre. Die Erklärung bedarf nicht der Form des § 29 GBO. (streitig; a. M. z. B. Güthe-Triebel, „GBO.", 6. Aufl., § 31 Anm. 7), da es sich nicht um den Widerruf einer tatsächlich erteilten Vollmacht, sondern eben nur um die Widerlegung einer Vermutung handelt[1]). Die Vermutung kann nur bis zum Eingang des Eintragungsantrages oder spätestens im Zeitpunkt des Eingangs dieses Antrages widerlegt werden; denn sobald der Antrag wirksam — nämlich auf Grund der Vermutung des § 15 GBO. — gestellt ist, kann er nur noch in der durch § 31 GBO. vorgeschriebenen Form zurückgenommen werden.

Dem Notar steht nicht das Recht zu, im eigenen Namen Eintragungsanträge zu stellen. Er darf nur als Bevollmächtigter eines Antragsberechtigten oder mehrerer Antragsberechtigter handeln.

2. Notare im Sinne der Reichsnotarordnung

Die Ermächtigung aus § 15 GBO. gilt nur für Notare im Sinne der RNotarO. Dem Notar stehen gleich sein (ständiger oder nichtständiger) Vertreter (§§ 30—33 RNotarO.)[2]) und der Notarverweser (§ 40 RNotarO., § 1 ff. VO. zur Ausführung und Ergänzung der RNotarO. v. 26. Juni 1937, RGBl. I, 663)[2]). Solange für den Notar ein Vertreter bestellt ist, soll der Notar sich der Ausübung des Amtes enthalten (§ 33 Abs. 1 S. 2 RNotarO.); etwa trotzdem vorgenommene Amtshandlungen des Notars sind nicht unwirksam.

Der Notar kann die Stellung eines Eintragungsantrages einem bei ihm im notariellen Probe- oder Anwärterdienst beschäftigten Assessor zur selbständigen Erledigung überlassen (Seybold-Hornig, „RNotarO.", § 30 Anm. I 2). Der Assessor bedarf keiner besonderen Vollmacht oder Untervollmacht. Hat das GBA. im Einzelfall Bedenken, ob der Assessor tatsächlich bei dem betreffenden Notar im Probe- oder Anwärterdienst beschäftigt ist, so wird man es für erforderlich und ausreichend erachten müssen, wenn der Notar durch eine von ihm unterschriebene und mit dem Dienstsiegel versehene Erklärung bestätigt, daß der Assessor die behauptete Stellung innehat.

Mit dem Wegfall des Amtes des Notars erlischt sein sog. Antragsrecht aus § 15 GBO. (RGZ. 93, 68 = JW. 1918, 502). Maßgebender Zeitpunkt muß der Zeitpunkt des Eingangs des Antrages sein. Ist der Antrag einmal wirksam gestellt, so kann daran der nachträgliche Wegfall des Amtes des Notars nichts ändern. Nach der herrschenden Meinung soll auf den Zeitpunkt der Erledigung des Antrages abzustellen sein. Das ist unpraktisch und rechtlich nicht haltbar. Der allgemeine Grundsatz, daß, wenn ein Vertreter des Antragstellers den Eintragungsantrag gestellt hat, der spätere Fortfall der Vollmacht die Wirksamkeit des gestellten Antrages nicht berührt, muß auch für den Notar gelten. Dem steht der Grundsatz, daß die Antragsberechtigung eines Antragstellers (vgl. § 13 GBO.) noch im Zeitpunkt der Erledigung des Eintragungsantrages fortbestehen muß (Güthe-Triebel a. a. O., § 13 Anm. 48), nicht entgegen; denn der Notar ist nicht Antragsteller im Sinne des hier maßgeblichen § 13 GBO., wenn er auch, wie noch zu erörtern sein wird, als Antragsteller im Sinne der §§ 18, 55 GBO. zu behandeln ist.

Für ausländische Notare gilt die vermutete Vollmacht

[1]) Für diese Auffassung spricht auch folgendes: Nach herrschender und zutreffender Meinung entfällt die Antragsbefugnis des Notars, wenn die Beteiligten selbst außerhalb der Eintragungsbewilligung oder sonstigen Eintragungsgrundlagen einen (formlosen) Eintragungsantrag stellen. Können sie aber die vermutete Vollmacht durch einen formlosen Antrag ausschließen, so müssen sie dies auch durch eine formlose Erklärung, daß der Notar nicht zur Antragstellung bevollmächtigt sei, tun können.

[2]) Vgl. auch Abschn. B der AV. v. 14. Juni 1937: DJ. 1937, 914.

aus § 15 GBO. nicht. Sie müssen also, auch wenn die von ihnen beglaubigten oder beurkundeten Erklärungen als Eintragungsunterlagen ausreichen, zur Stellung des Eintragungsantrages besonders bevollmächtigt sein. Im Einzelfall kann das GBA. von der Vorlegung einer schriftlichen Vollmacht absehen, wenn es gegen das Bestehen der behaupteten Vollmacht keine Bedenken hat.

Ebenso bedarf ein deutscher Notar, der einen Eintragungsantrag stellt, ohne die Vermutung des § 15 GBO. für sich zu haben, einer Vollmacht des Antragstellers. Auch hier kann das GBA. im Einzelfall davon absehen, sich eine schriftliche Vollmacht vorlegen zu lassen.

3. Die zur Eintragung erforderliche Erklärung

Der Notar muß eine zu der Eintragung im Grundbuch erforderliche Erklärung beurkundet oder beglaubigt haben. Es muß sich also um eine Erklärung handeln, die sich unmittelbar auf die Eintragung bezieht: eine Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO. (also auch Berichtigungsbewilligung, auch Löschungsbewilligung), eine Auflassung (§ 20 GBO.)[3]), Abtretungs- oder Verpfändungserklärung (§ 26 GBO.), Zustimmungserklärung nach § 22 Abs. 2 oder § 27 GBO., Unterwerfungserklärung im Sinne der §§ 794 Ziff. 5, 800 ZPO. Dagegen fallen nicht unter § 15 GBO. die Beurkundung oder Beglaubigung des Grundgeschäftes (z. B. der Beurkundung des Kaufvertrages) sowie die Erklärungen, die nur mittelbare Eintragungsgrundlagen sind, z. B. Vollmachten, nachträgliche Genehmigungen, Erbscheine; auch Urkunden, auf Grund deren Zeugnisse nach §§ 36, 37 GBO. ausgestellt werden, reichen nicht aus (a. M. Güthe-Triebel a. a. O., § 15 Anm. 6); auch die Beglaubigung einer Unterschrift unter einer löschungsfähigen Quittung eines Hypothekengläubigers genügt nicht, da die löschungsfähige Quittung keine Bewilligung (etwa Berichtigungsbewilligung) darstellt, sondern nur den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs, nämlich dahin, daß der als Gläubiger Eingetragene nicht mehr Gläubiger der Hypothek ist, erbringt. Auch die Beglaubigung eines Eintragungsantrages, der keine zu der Eintragung erforderliche Erklärung enthält oder ersetzt — dessen Beglaubigung also entbehrlich ist (§ 30 GBO.) —, genügt nicht, um dem Notar die vermutete Vollmacht aus § 15 GBO. zu verschaffen; der Sinn des § 15 GBO. ist nämlich der, daß nur dem mit den sachlichen Eintragungsvoraussetzungen befaßten Notar das Antragsrecht aus § 15 GBO. zustehen soll.

4. Vertretung des Antragsberechtigten

Der Notar kann den Eintragungsantrag, wie bereits erwähnt, nur namens eines Antragsberechtigten stellen, und zwar kann er ihn für jeden Antragsberechtigten stellen, gleichgültig ob er dessen Erklärung beurkundet (beglaubigt) hat oder nicht. Es ist klar, daß der Notar den Eintragungsantrag nur im Namen einer Person, die selbst zur Stellung des Antrages gem. § 13 Abs. 2 GBO. (oder gegebenenfalls gem. § 14 GBO.) berechtigt wäre, stellen kann. Wird der Antragsberechtigte vor Wirksamwerden des Antrags geschäftsunfähig oder erlischt die Vollmacht eines Bevollmächtigten, der für seinen Vollmachtgeber eine Erklärung abgegeben hat, vor Wirksamwerden des Antrages, so steht dem Notar ein Antragsrecht nicht zu (Güthe-Triebel a. a. O., § 15 Anm. 13; KGJ. 21, 280).

Der Notar muß in seiner Eingabe an das GBA. eindeutig erkennen lassen, ob er einen Eintragungsantrag stellen will und für wen er ihn stellt (RG.: JW. 1929, 740 u. 741). Leider wird diesem Erfordernis in der Praxis häufig genug nicht entsprochen. Überreicht der Notar Urkunden „zur weiteren Veranlassung" (KG.: JW. 1937, 114) oder „zum Vollzuge" (KGJ. 28, 312), so wird anzunehmen sein, daß er nicht als Bevollmächtigter tätig sein, sondern nur als „Bote" auftreten will. Überreicht er Urkunden „mit der Bitte, den gestellten Anträgen stattzugeben"[4]) oder mit der Erklärung, daß er sich „den gestellten Anträgen anschließe", so wird darin regelmäßig nicht eine bloße Übermittlung der Urkunden, sondern ein Tätigwerden des Notars als Bevollmächtigter des Antragstellers zu erblicken sein.

Während es früher von der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht für möglich erachtet wurde, daß der Notar neben dem Antrage des Antragstellers einen Eintragungsantrag stellt (KGJ. 28, 88), ist es jetzt allgemeine Meinung, daß der Notar einen Eintragungsantrag (kraft seiner vermuteten Vollmacht) auch dann stellen kann, wenn der oder die Antragsteller in der Eintragungsbewilligung (oder der sonstigen zur Eintragung erforderlichen Erklärung) einen Eintragungsantrag erklärt haben (KGJ. 32, 284; 44, 170 und öfter). In diesem Fall wird nur der Antrag des Notars als beim GBA. gestellt angesehen, vorausgesetzt, daß er von den Anträgen der Beteiligten nicht abweicht. Weicht er aber von den Anträgen der Beteiligten ab, so ist der Antrag des Notars zurückzuweisen, der der Beteiligten zu erledigen (RGZ. 60, 395).

Ist der Eintragungsantrag des oder der Beteiligten in einer besonderen Urkunde, d. h. außerhalb der Eintragungsbewilligung oder der sonstigen zur Eintragung erforderlichen Erklärung, erklärt, so ist regelmäßig anzunehmen, daß die Antragsteller eine Antragstellung durch den Notar nicht wünschen, seine Antragsbefugnis also ausgeschlossen haben (vgl. oben Anm. 1).

Ob der Notar als Bote oder Bevollmächtigter auftritt, ist bedeutsam für sein Rücknahmerecht, sein Beschwerderecht (so jedenfalls nach der herrschenden Meinung) und für die Bekanntmachung der ergehenden Entscheidungen (Einzelheiten siehe weiter unten); das GBA. hat also in jedem Fall sorgfältig zu prüfen, ob der Notar Bote oder Bevollmächtigter ist (RG.: JW. 1929, 741).

Auch die Angabe, für wen der Notar einen Eintragungsantrag stellt, ist praktisch bedeutsam, nämlich für das Recht zur Rücknahme des Antrages, welches — außer dem Notar — nur dem Antragsteller, nicht den übrigen etwa vorhandenen Antragsberechtigten, zusteht und für die Frage der Kostenhaftung (vgl. § 2 Ziff. 1 RKostO.). Eine ausdrückliche Erklärung des Notars darüber, in wessen Namen er den Eintragungsantrag stellt, ist daher stets am Platze. Wiederholt der Notar einen Eintragungsantrag, den die Beteiligten bereits in der Eintragungsbewilligung erklärt haben, so ist mangels einer abweichenden Angabe des Notars derjenige, der den Eintragungsantrag in der Urkunde erklärt hat, als Antragsteller anzusehen. Im übrigen ist, wenn die Angabe, für wen der Notar einen Eintragungsantrag stellt, fehlt, davon auszugehen, daß der Antrag im Namen aller Antragsberechtigten (vgl. § 13 Abs. 2 GBO.) gestellt ist (RG.: HöchstRRspr. 1932 Nr. 1468).

Der Notar kann sich, wenn die Antragsteller selbst einen Eintragungsantrag gestellt haben und er zunächst nur als Bote tätig gewesen ist, noch nachträglich in das Verfahren einschalten, z. B. wenn er auf eine Beanstandung des GBA. hin Ausführungen macht und dabei unmittelbar oder mittelbar den Eintragungsantrag stellt oder wiederholt (BayObLG.: JFG. 9, 201).

Zu beachten ist, daß, wenn mehrere Notare die zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen beurkundet oder beglaubigt haben (praktisch nicht selten), auch die mehreren Notare das Antragsrecht auszuüben berechtigt sind. Da sich hieraus in der Praxis meines Wissens keine Schwierigkeiten ergeben haben, glaube ich auf Einzelheiten zu dieser Frage nicht eingehen zu müssen. Ich darf auf Güthe-Triebel a. a. O., § 15 Anm. 10, verweisen.

5. Umfang der Vollmacht

Was den Umfang der Vollmacht des Notars aus § 15 GBO. betrifft, so geht die herrschende Meinung dahin, daß

[3]) Neben ihr bedarf es keiner Bewilligung, RGZ. 141, 374 = JW. 1933, 2770; KG.: JW. 1937, 2199; OLG. München: JFG. 15, 286.

[4]) Diese Ausdrucksweise kann allerdings u. U. zu Zweifeln Anlaß geben; sie wird daher besser vermieden (vgl. z. B. KG.: HöchstRRspr. 1938 Nr. 474) und durch einen eindeutigen Eintragungsantrag ersetzt.

der Notar nur zur Stellung von reinen Eintragungsanträgen berechtigt ist, d. h. lediglich das Verfahren des GBA. in Gang setzen darf. In der Rechtsprechung wird das so formuliert: „Der Notar hat sich an die von ihm beurkundete (beglaubigte) Erklärung zu halten und jede sachliche Abweichung von dem Inhalt der Erklärung zu unterlassen“ (KGJ. 22, 294; KG.: HöchstRRspr. 1930, Nr. 737)[5]). Darüber hinaus soll der Notar berechtigt sein, mehrere Anträge oder Bewilligungen gem. § 16 Abs. 2 GBO. zu verbinden, d. h. zu bestimmen, daß von mehreren beantragten oder bewilligten Eintragungen die eine nicht ohne die andere erfolgen soll; umgekehrt ist er auch berechtigt zu erklären, daß von mehreren in einer Urkunde enthaltenen Anträgen ein Antrag nicht erledigt werden soll, es sei denn, daß sich aus dem Inhalt der Urkunde der (ausdrücklich oder stillschweigend erklärte) Wille der Beteiligten, die Anträge nur im ganzen erledigen zu lassen, ergibt (KGJ. 35, 195; KG.: JW. 1937, 477). Der Grundbuchrichter ist daher verpflichtet zu prüfen, ob der Notar alle in den überreichten Urkunden enthaltenen Anträge gestellt hat und ob er, wenn dies nicht der Fall ist, einen Teil der Anträge von der Eintragung ausnehmen durfte (RG.: Warn. 1916 Nr. 279; der abweichenden Auffassung des RG. in der Entscheidung JW. 1929, 740 wird nicht beizupflichten sein).

Im übrigen ist der Notar nach der herrschenden Meinung nicht berechtigt, mit seinem Antrag Erklärungen zu verbinden, die der Antragsteller selbst dem Antrage beifügen könnte. Er kann nicht die Rangverhältnisse nach § 45 Abs. 3 GBO. abweichend bestimmen, kann keine Bestimmung über die Person des Briefempfängers gem. § 60 Abs. 2 GBO. treffen, kann auch nicht die Erteilung eines neuen Briefes nach §§ 63, 65 GBO. beantragen; ihm steht nicht das Recht zu, die im § 28 GBO. vorgeschriebene Bezeichnung des Grundbuches, wenn sie in der Eintragungsbewilligung fehlt, in seinem Eintragungsantrage nachzuholen (KGJ. 21, 125; 22, 294); er kann nicht die Berichtigung des Grundbuchs betreiben, selbst wenn sie die Voraussetzung für die beantragte Eintragung ist (KGJ. 26, 245); er kann nicht die Eintragung einer Auflassungsvormerkung beantragen, wenn er nur die Auflassung selbst beurkundet hat (BayObLG.: JFG. 8, 209); er wird den Antrag, bei einer Handelsgesellschaft den Hinweis auf eine Zweigniederlassung einzutragen, nicht stellen dürfen, nachdem das KG. den Antrag, ein Recht von der Haupt- auf die Zweigniederlassung umzuschreiben, in JFG. 15, 104 = JW. 1937, 1743[43] für formbedürftig (§ 29 GBO.) erklärt hat (anders KG.: SchleswHolst. Anz. 1913, 27).

Die Einwirkungsmöglichkeit des Notars beschränkt sich also, wenn man der herrschenden Meinung folgt, im wesentlichen auf die Ingangsetzung des Grundbuchverfahrens. Es fragt sich, ob eine derartige Einengung seiner Befugnisse am Platze ist. Jedenfalls in zwei praktisch häufig vorkommenden Fällen sollte man sich zu einer weitherzigeren Auslegung, die der heutigen Stellung des Notars besser gerecht wird, bereit finden. Was die bereits erwähnte Rangfrage betrifft, so ist zu bedenken, daß der Notar, wenn die Bewilligungen der Betroffenen in verschiedenen Urkunden enthalten sind, das Rangverhältnis dadurch gestalten kann, daß er sie zu verschiedenen Zeitpunkten einreicht (vgl. § 45 GBO.); ja sogar, wenn die Bewilligungen in einer Urkunde enthalten sind, kann der Notar auf die Rangfolge dadurch Einfluß nehmen, daß er auf Grund dieser Bewilligungen zu verschiedenen Zeitpunkten Eintragungsanträge stellt, was nach dem oben ausgeführten (in Ermangelung einer abweichenden Bestimmung der Beteiligten) zulässig ist. Hat der Notar aber solche Möglichkeiten, so bedeutet es nicht mehr als eine Weiterentwicklung zu einer offenen und klaren Rechtsanwendung, wenn man dem Notar das Recht zugesteht, die Reihenfolge der Erledigung mehrerer Anträge im Sinne des § 45 Abs. 3 durch eigene Erklärung zu bestimmen, sofern sich nicht aus der von ihm eingereichten Urkunde ein anderer Wille der Beteiligten ergibt; denn es ist ein leerer Formalismus, wenn man dem Notar zwar das Recht zugesteht, die Reihenfolge durch Antragstellung zu verschiedenen Zeitpunkten zu bestimmen, ihm aber das Recht, den Rang ausdrücklich zu bestimmen, absprechen will.

Auch in der Frage der Aushändigung des Hypothekenbriefes (vgl. § 60 Abs. 2 GBO.) wäre eine großzügigere Handhabung des Antragsrechtes des Notars erwünscht. Es wird nicht selten übersehen, eine von der Regel des § 60 Abs. 1 GBO. abweichende Bestimmung zu treffen, obgleich eine solche Abweichung von den Beteiligten gewünscht wird. Auch kann sich nach Bewilligung einer Eintragung die Notwendigkeit, eine von § 60 Abs. 1 GBO. abweichende Bestimmung zu treffen, ergeben. Schwierigkeiten, Kosten, Zeitverluste werden vermieden, wenn man dem Notar das Recht zugesteht, eine abweichende Bestimmung nach § 60 GBO., soweit eine solche Bestimmung dem von ihm vertretenen Antragsteller zustehen würde, zu treffen. Es darf darauf hingewiesen werden, daß dem Notar das Recht zuerkannt ist, die Aushändigung eines von ihm namens eines Beteiligten eingereichten Hypothekenbriefes zu verlangen (KGJ. 44, 170; KG.: JW. 1937, 114), damit also auch das Recht, über die Aushändigung eines solchen Briefes an einen Dritten, z. B. an den Zessionar einer Hypothek, Bestimmung zu treffen. Was aber für den bereits vorhandenen Hypothekenbrief gilt, sollte unbedenklich auch für den neu zu erteilenden Hypothekenbrief gelten können.

Die Formvorschriften der §§ 45 Abs. 3, 29 Abs. 1 GBO. einerseits und des § 60 Abs. 2 GBO. andererseits werden kein Hindernis sein dürfen. Wie der Notar einen Eintragungsantrag durch eine mit Siegel und Unterschrift versehene, aber unbeglaubigte Erklärung zurücknehmen kann (§ 26 Abs. 3 RNotarO.), so muß er auch die Erklärung nach § 45 Abs. 3 oder nach § 60 Abs. 2 GBO. unbeglaubigt abgeben können; in Anlehnung an § 26 Abs. 3 RNotarO. wird man die Beifügung des Amtssiegels für erforderlich erachten müssen[6]).

In diesen Zusammenhang sei hervorgehoben, daß die neuere Rechtsprechung des KG. zweifellos die Tendenz verfolgt, § 15 GBO. weit auszulegen[7]). So hat das KG. in dem Beschlusse JW. 1936, 3262 folgendes entschieden: § 15 GBO. ist weit auszulegen; bewilligt der Eigentümer die Eintragung einer Hypothek, der er den ersten Rang zugesagt hat, so ist der damit befaßt gewesene Notar als ermächtigt anzusehen, noch nach der Eintragung der Hypothek die Einräumung des Vorrangs zu beantragen, auch wenn er die Bewilligung des Zurücktretenden nicht beglaubigt hat und die Zustimmung des Eigentümers zum Rangrücktritt nicht erforderlich ist. Wörtlich heißt es dann weiter: „Da die Vorrangseinräumung mit der Bestellung der Hypothek in engem Zusammenhange steht und es sich der Sache nach um ein einheitliches Geschäft, nämlich um die Eintragung der Hypothek an der ersten Rangstelle, handelt, kann die Ermäch-

[5]) Ist zu einer Eintragung der Nachweis erforderlich, daß ein einzutragender Einzelkaufmann Inhaber einer Firma ist, so kann einen solchen Nachweis auch der Notar durch Vorlegung eines Auszuges aus dem Handelsregister führen (KG.: HöchstRRspr. 1930 Nr. 737).

[6]) Die von mir vorgeschlagene weite Auslegung des Antragsrechts des Notars hat im allgemeinen keine gebührenrechtlichen Nachteile für die Notare zur Folge. Wird eine Bestimmung über den Rang neu einzutragender Rechte oder die Bestimmung, wer einen neu zu erteilenden Hypothekenbrief erhalten soll, zusammen mit der Eintragsbewilligung beurkundet oder beglaubigt, so handelt es sich um ein gebührenfreies Nebengeschäft (§§ 27, 144 Abs. 1 RKostO.; vgl. Jonas-Melsheimer-Hornig-Stemmler, „RKostO.“, § 38 Anm. 1, II). Wird eine Erklärung der genannten Art nach der Beurkundung oder Beglaubigung der Eintragungsbewilligung erforderlich, so würde der Notar, wenn er die Erklärung entwirft und die Unterschrift beglaubigt, nach §§ 145, 39 RKostO. die volle Gebühr erhalten, während er für die eigene Antragstellung nach § 146 Abs. 2 RKostO. nur die Hälfte der vollen Gebühr erhält. Hier wird sich also die Gebühr des Notars verringern, da er ja verpflichtet ist, jeweils denjenigen Weg einzuschlagen, der seinem Auftraggeber die geringsten Kosten bereitet. Doch werden das die Notare sicherlich gern in Kauf nehmen, da sich das Verfahren auch für sie erheblich vereinfacht, wenn sie durch eigene Erklärung an das GBA. den Rang neu einzutragender Rechte oder die Person eines Briefempfängers bestimmen können.

[7]) S. auch die Entscheidungen des KG.: JW. 1937, 119 und in HöchstRRspr. 1933 Nr. 949.

tigung des Notars zur Antragstellung auch in diesem Falle gem. § 15 GBO. vermutet werden."

Erwähnt sei noch, daß der Notar nach der Auffassung des OLG. Karlsruhe (JFG. 11, 24) auf Grund des § 15 GBO. auch ermächtigt ist, Genehmigungserklärungen eines Beteiligten (vgl. insbesondere §§ 182 ff. BGB.) mit Wirkung für den von ihm vertretenen Antragsteller entgegenzunehmen. Mit Recht hat Cammerer (DNotZ. 1934, 361) sich gegen diese Auffassung gewendet, weil auf Grund des § 15 GBO. nur eine verfahrensrechtliche, nicht aber eine mit den Eintragungsgrundlagen zusammenhängende sachlich-rechtliche Bevollmächtigung — die dem Notar unter Umständen eine weitgehende Verantwortung aufbürden würde — zu vermuten sei.

6. Bekanntmachungen an den Notar auf Grund des § 15 GBO.*)

Die Antragstellung durch den Notar hat zur Folge, daß die Entscheidungen des GBA. — Zwischenverfügungen und Zurückweisungsbeschlüsse sowie Eintragungsnachrichten — dem Notar und nicht dem durch ihn vertretenen Antragsteller bekannt zu machen sind (RGZ. 110, 361; KG.: DNotZ. 1933, 372). Unter den Voraussetzungen des § 15 GBO. ist nämlich zu vermuten, daß der Notar auch zur Entgegennahme der Entscheidungen des GBA. ermächtigt ist, das GBA. ihn also als Antragsteller im Sinne der §§ 18, 55 GBO. anzusehen hat. Der Antragsteller kann das Recht des Notars, die Entscheidung des GBA. in Empfang zu nehmen, durch ausdrückliche Erklärung ausschließen, die Ermächtigung des Notars aus § 15 GBO. also entsprechend einschränken.

Dem Notar, der den Eintragungsantrag gestellt hat, sind regelmäßig auch die von ihm übersandten Urkunden einschließlich der Hypothekenbriefe zurückzugeben (KGJ. 44, 170), es sei denn, daß der Vertretene die Aushändigung an sich selbst verlangt oder daß bezüglich der Rückgabe der eingereichten Urkunden vom Notar oder vom Vertretenen eine anderweitige Bestimmung getroffen ist. Nach KG.: JW. 1937, 114 soll dies auch dann gelten, wenn der Notar, der die Urkunde eingereicht hat, nur die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen beurkundet oder beglaubigt, aber von seiner Antragsbefugnis aus § 15 GBO. keinen Gebrauch gemacht hat; das GBA. könne, so meint das KG., davon ausgehen, daß es dem Willen der Vertretenen entspreche, daß die Urkunden dem Notar zurückgegeben würden.

7. Rücknahmerecht des Notars

Nach § 26 Abs. 3 RNotarO. ist der Notar, der kraft Gesetzes ermächtigt ist, im Namen der Beteiligten beim GBA. Anträge zu stellen, auch ermächtigt, die von ihm gestellten Anträge zurückzunehmen. Auch bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine widerlegbare Vermutung. Die Rücknahmeerklärung ist nach § 26 Abs. 3 RNotarO. wirksam, wenn sie mit der Unterschrift und dem Amtssiegel des Notars versehen ist; eine Beglaubigung der Unterschrift ist nicht erforderlich. Damit wird ein unerfreulicher Rechtszustand beseitigt, der sich aus einer streng formalen Gesetzesauslegung ergeben hatte; denn nach bisheriger Rechtsübung mußte der Notar, der einen Eintragungsantrag zurücknahm, seine Unterschrift unter der Rücknahmeerklärung mit Rücksicht auf § 31 GBO. beglaubigen (!) lassen.

Die Rücknahme kann nur der Notar selbst (oder der Notarvertreter oder Notariatsverweser) erklären, nicht aber der bei ihm beschäftigte Assessor im Probe- oder Anwärterdienst, auch wenn dieser den Eintragungsantrag gestellt hat. Denn zur Führung des Amtssiegels ist nur der Notar, nicht aber der Assessor im Probe- oder Anwärterdienst berechtigt.

Der Notar kann nur den von ihm selbst gestellten Eintragungsantrag zurücknehmen. Hat einer der Beteiligten den Eintragungsantrag unmittelbar gestellt, so ist der Notar zur Rücknahme nicht befugt. Hat der Notar einen Eintragungsantrag gestellt und ist der Antrag außerdem von den Beteiligten selbst in der Bewilligungsurkunde erklärt, so ist nach dem oben Ausgeführten nur der vom Notar erklärte Antrag als beim GBA. gestellt anzusehen. Dem Notar steht also auch in einem solchen Falle das Recht zu, den Antrag mit Wirkung für die Beteiligten zurückzunehmen (a. M. Ricks: DNotZ. 1912, 217 ff.).

Dem Antragsteller verbleibt, auch wenn der Notar den Eintragungsantrag gestellt hat, selbstverständlich das Recht, den für ihn gestellten Eintragungsantrag zurückzunehmen. Dabei ist zu beachten, daß, wenn der Notar den Eintragungsantrag für mehrere Antragsteller gestellt hat, der einzelne Antragsteller immer nur den in seinem Namen gestellten Antrag zurücknehmen kann; trotz Antragsrücknahme durch einen Antragsteller bleibt also ein namens der übrigen Antragsteller gestellter Antrag bestehen.

8. Beschwerderecht

Der Notar ist auf Grund des § 15 GBO. zur Einlegung der Beschwerde und der weiteren Beschwerde befugt.

a) Ausdrücklich gesagt ist dies im Gesetz allerdings nur bezüglich der weiteren Beschwerde (§ 80 Abs. 1 S. 3 GBO.); daraus ergibt sich aber in logischer Folge, daß er auch die erste Beschwerde einlegen kann. Auch bei der Einlegung der Beschwerde oder der weiteren Beschwerde kann der Notar immer nur als Bevollmächtigter eines Antragsberechtigten handeln; ein eigenes Beschwerderecht steht ihm nicht zu (KGJ. 35, 199).

Nach der herrschenden Meinung soll der Notar das Beschwerderecht nur haben, wenn er auf Grund des § 15 GBO. bereits den Eintragungsantrag gestellt hatte (KG.: JW. 1938, 1834)[8]). Er kann die Beschwerde nicht nur im Namen dessen, für den er den Eintragungsantrag gestellt hatte, sondern auch für irgendeinen anderen Antragsberechtigten einlegen (BayObLG. 34, 121).

Die Auffassung, daß der Notar nur gegen die auf seinen Antrag ergangene Entscheidung Beschwerde einlegen könne, wird im Hinblick auf das neue Notariatsrecht nicht aufrechterhalten werden können. Bereits in der Entscheidung JFG. 9, 201 ist anerkannt, daß der Notar, auch wenn er von seiner Antragsbefugnis keinen Gebrauch macht, sich nachträglich im Verfahren vor dem GBA. als Bevollmächtigter des oder der Antragsberechtigten einschalten kann, z. B. dadurch, daß er auf Beanstandungen des GBA. hin Ausführungen macht. In der Entscheidung JW. 1937, 114 ist anerkannt, daß dem Notar — auf Grund der vermuteten Vollmacht aus § 15 GBO. — Urkunden, die er eingereicht hat, auch dann zurückzugeben sind, wenn er von seiner Antragsbefugnis keinen Gebrauch gemacht hat. Schließlich ist, wie oben erwähnt, bereits nach jetzt herrschender Meinung der Notar berechtigt, die Beschwerde für einen anderen Antragsberechtigten als den von ihm vor dem GBA. vertretenen Antragsteller einzulegen. Dies alles spricht schon dafür, daß das Beschwerderecht des Notars nicht davon abhängig sein kann, ob er vor dem GBA. tatsächlich von seiner Antragsbefugnis Gebrauch gemacht hat, sondern nur davon, ob ihm eine solche Antragsbefugnis zugestanden hat. Diese Auffassung allein paßt in den Rahmen des neuen § 26 Abs. 1 RNotarO., wonach zu dem Amt des Notars unter anderem die Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiete vorsorgender Rechtspflege gehört und ihm insoweit auch die Vertretung

*) Bemerkung: Dem Notar ist die Eintragung oder ein Zwischenbescheid nicht nur bekanntzugeben, wenn er auf Grund des § 15 GBO. als bevollmächtigt gilt, sondern auch dann, wenn er die von den Beteiligten gestellten Anträge dem Gericht einreicht und in dem Begleitschreiben das GBA. um Benachrichtigung bittet. Der Notar wird diese Bitte stellen, wenn er der Überzeugung ist, daß die Beteiligten nicht in der Lage sind, die rechtliche Tragweite der erfolgten Eintragung oder Entscheidung zu erkennen oder wenn er aus sonstigen sachlichen Gründen ein dringendes Interesse daran hat, zu erfahren, was erfolgt ist. In diesem Fall muß der Notar im Interesse der Rechtspflege und der Beteiligten durch die Nachricht die Möglichkeit einer Nachprüfung und gegebenenfalls einer Beschwerde erhalten.
RA. Dr. Lemmens, Berlin.

[8]) Legt der Notar Beschwerde ein, ohne dazu gesetzlich ermächtigt zu sein und ohne eine Vollmacht vorzulegen, so hat das GB. zu prüfen, ob er auf Grund rechtsgeschäftlicher Vollmacht gehandelt hat, und ihm erforderlichenfalls die Vorlegung einer Vollmachtsurkunde aufzugeben (KG.: JW. 1938, 1834).

der Beteiligten vor den Gerichten zusteht. Berücksichtigt man schließlich, daß schon nach der bisherigen Rechtsprechung das BeschwG. davon absehen konnte, von dem Beschwerde einlegenden Notar die Vorlegung einer Vollmachtsurkunde zu verlangen, „da erfahrungsgemäß Rechtsmittel von Unbefugten gegen den Willen des Geschäftsherrn nicht eingelegt zu werden pflegen" (KGJ. 30, 272), so wird man dem Notar uneingeschränkt das Recht, im Rahmen des § 15 GBO. das Rechtsmittel der Beschwerde einzulegen, zubilligen müssen. Der (antragsberechtigte) Notar ist also, selbst wenn er sich erst mit der Einlegung der Beschwerde in das Verfahren einschaltet, von Rechts wegen — und nicht nur infolge des bisher üblichen Entgegenkommens des BeschwG. — von der Verpflichtung, eine Vollmacht vorzulegen, befreit, da auch insoweit seine Bevollmächtigung vermutet werden muß.

Wie es bei der Stellung eines Eintragungsantrages erforderlich ist, daß der Notar angibt, für wen er den Eintragungsantrag stellt, so muß er auch bei der Einlegung der Beschwerde angeben, für wen er sie einlegt. Fehlt eine solche Erklärung, so wird regelmäßig angenommen werden müssen, daß die Beschwerde namens der Antragsteller — nicht etwa namens aller Antragsberechtigten — eingelegt ist. Hat der Notar in dem Eintragungsantrag nicht erklärt, für wen er den Eintragungsantrag stellt, ist also der Antrag für alle Antragsberechtigten gestellt, so ist davon auszugehen, daß er auch für alle Antragsberechtigten Beschwerde einlegt.

Die Beschwerde kann sich gegen eine Zwischenverfügung oder einen Zurückweisungsbeschluß oder aber auch gegen die Eintragung selbst richten, letzteres dann, wenn der Antragsteller die Eintragung für unvollständig oder unklar oder für inhaltlich unzulässig hält (vgl. im einzelnen die Erläuterungsbücher zu § 71 GBO.). Auch eine Beschwerde bezüglich des Hypothekenbriefes, bezüglich der Behandlung eingereichter Urkunden, bezüglich der Eintragungsnachricht usw. kann der Notar auf Grund seiner vermuteten Vollmacht einlegen. Wird gegen eine auf Antrag des Notars vorgenommene Eintragung ein Widerspruch nach § 53 GBO. eingetragen, so bedarf der Notar zur Einlegung der Beschwerde gegen diesen Widerspruch einer besonderen (formlosen) Vollmacht (KG.: ZBlFG. 7, 319; Güthe-Triebel a. a. O., § 15 Anm. 22 a. E.).

b) Hinsichtlich der weiteren Beschwerde ist in § 80 GBO. bestimmt, daß sie für den Antragsteller (u. a.) von dem Notar eingelegt werden kann, der nach § 15 GBO. den Eintragungsantrag gestellt hat. Ist diese Vorschrift streng nach ihrem Wortlaut auszulegen oder kann der Notar die weitere Beschwerde auch dann einlegen, wenn ihm eine Antragsbefugnis nach § 15 GBO. vor dem GBA. zugestanden, er aber von ihr keinen Gebrauch gemacht hat? Während die gleiche Frage bei der ersten Beschwerde nur wegen der Vollmacht des Notars von Bedeutung ist (siehe oben), handelt es sich hier darum, ob der Notar, der von seiner Antragsbefugnis aus § 15 GBO. keinen Gebrauch gemacht hat, die weitere Beschwerde überhaupt einzulegen berechtigt ist. Die Rechtsprechung legt § 80 GBO. genau nach dem Wortlaut dahin aus, daß der Notar die weitere Beschwerde nur dann einlegen kann, wenn er tatsächlich den Eintragungsantrag gestellt hat (JFG. 15, 122; vgl. zu den entsprechenden Vorschriften in §§ 64, 65 EHVfO. die Entscheidung REHG. 1, 226). Einer solchen reinen Buchstabenauslegung des § 80 GBO. kann nicht zugestimmt werden. In dieser Vorschrift ist allerdings nur der Regelfall erwähnt, der Fall nämlich, daß der Notar den Eintragungsantrag gem. § 15 GBO. tatsächlich gestellt hat. Es muß aber wie bei der ersten Beschwerde so auch bei der weiteren Beschwerde genügen, daß dem Notar die Antragsbefugnis aus § 15 GBO. zugestanden hat, gleichgültig, ob er von ihr Gebrauch gemacht hat oder nicht. Maßgebend für die Zulassung der Einlegung der weiteren Beschwerde durch den Notar war doch die Erwägung, daß der Notar, der den Eintragungsantrag beurkundet oder beglaubigt hat, regelmäßig die Beteiligten beraten hat und daher mit ihren Absichten so vertraut ist, daß ihm die Vertretung der Beteiligten auch gegenüber dem Gericht der weiteren Beschwerde zustehen soll. Wenn die Beteiligten eine Vertretung durch den Notar vor dem Grundbuchamt nicht für erforderlich gehalten haben, so können sie doch ein berechtigtes Interesse daran haben, daß der mit ihren Absichten vertraute Notar sie in der Rechtsbeschwerdeinstanz vertritt. Irgendwelche Belange der Rechtspflege stehen einer weitherzigen Auslegung des § 80 GBO. nicht im Wege. Die Frage hat übrigens nur dann wesentliche praktische Bedeutung, wenn der Notar nicht gleichzeitig Rechtsanwalt ist. Ist er gleichzeitig Rechtsanwalt, so kann er die weitere Beschwerde in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt einlegen, muß sich dann allerdings auf Verlangen des Gerichts durch eine schriftliche Vollmacht ausweisen.

In der Richtung der hier vertretenen Auslegung des § 80 GBO. dürfte auch die Entscheidung des KG.: HöchstRRspr. 1933 Nr. 949 liegen, wonach der Notar schon dann zur Einlegung der weiteren Beschwerde berechtigt ist, wenn er „ein Antragsrecht im Sinne des § 15 GBO. in Anspruch nimmt", also ohne Rücksicht darauf, ob die Voraussetzungen des § 15 GBO. in seiner Person tatsächlich vorliegen. Das KG. beruft sich in diesem Beschluß auf den Zweck der Vorschrift, unzulässige und grundlose (weitere) Beschwerden zu verhüten, sowie darauf, daß die Entscheidung über die Form der weiteren Beschwerde nicht von der Sachentscheidung darüber, ob der antragstellende Notar zur Antragstellung befugt gewesen sei, abhängig gemacht werden dürfe. Es mag dahingestellt bleiben, ob diese Entscheidung richtig ist; man könnte einwenden, daß die Befugnis des Notars zur Einlegung der weiteren Beschwerde doch wohl von objektiven Merkmalen abhängig sein muß und nicht von der subjektiven Auffassung des Notars abhängen darf. Jedenfalls zeigt die Entscheidung, daß das KG. um des praktischen Ergebnisses halber § 80 GBO. nicht nach seinem strengen Wortlaut auslegt.

Legt der Notar eine weitere Beschwerde ein, so muß sie von ihm (oder dem Notarvertreter oder dem Notarverweser) unterzeichnet sein; eine Unterzeichnung durch den im Probe- oder Anwärterdienst beschäftigten Assessor ist nicht zulässig (Seybold-Hornig, „RNotarO.", § 30 Anm. III, 2).

9. Vollzugspflicht des Notars in Grundbuchsachen

Dem Antragsrecht des Notars aus § 15 GBO. entspricht, soweit es sich um Beurkundungen handelt, eine Vollzugspflicht, d. h. die Verpflichtung, die betreffenden Urkunden dem GBA. einzureichen. In § 42 der DienstO. für Notare v. 5. Juni 1937 (DJ. 842) ist folgendes bestimmt:

> „Hat der Notar Erklärungen beurkundet, die zur Einreichung bei dem GBA. oder dem Registergericht bestimmt sind, so soll er, wenn die Beteiligten nichts anderes verlangen, die Urkunde (Ausfertigung, beglaubigte Abschrift), sobald ihre Einreichung erfolgen kann, unverzüglich bei dem GBA. oder dem Registergericht einreichen. Wünschen die Beteiligten eine spätere Einreichung, so soll er sie erforderlichenfalls auf die damit verbundenen Gefahren hinweisen."

Die Vollzugspflicht besteht nach dem Wortlaut dieser Bestimmung also nur im Falle der Beurkundung, nicht im Falle der Beglaubigung einer Unterschrift. Eine Vollzugspflicht kann aber auch im letztgenannten Falle bestehen, wenn der Notar sie ausdrücklich oder stillschweigend übernommen hat (RG.: JW. 1937, 2121). Übrigens hat die Rechtsprechung den Notar schon bisher für verpflichtet angesehen, Eintragungsanträge beim GBA. unverzüglich zu stellen bzw. einzureichen (RGZ. 93, 68 = JW. 1918, 502; RG.: DNotZ. 1933, 655; LG. Berlin: DNotZ. 1937, 883; vgl. auch Grunau: DNotZ. 1937, 464). Ist der Notar verpflichtet, einen Eintragungsantrag zu stellen oder genügt er seiner Verpflichtung, wenn er die Urkunden ohne eigenen Antrag zum Vollzuge einreicht? Vorzuziehen wird es in jedem Falle sein, wenn der Notar einen Eintragungsantrag stellt, weil ihm dann die Entscheidung des GBA. unmittelbar zugeht. Eine Verpflichtung, ohne ausdrücklichen Auftrag einen Eintragungsantrag zu stellen, wird man aber nur annehmen dürfen, wenn ein solcher Antrag zur Herbeiführung der Eintragung erforderlich ist, also nicht bereits von einem Antragsberechtigten im Eintragungsantrag erklärt ist; andernfalls wird der Notar sich damit begnügen dürfen, als „Bote" die Urkunden einzureichen.

Die Urkunden sind dem GBA. einzureichen, „sobald ihre Einreichung erfolgen kann". Die Einreichung „kann erfolgen", sobald damit zu rechnen ist, daß das GBA. den Eintragungsantrag nicht sofort zurückweisen, vielmehr die beantragte Eintragung vornehmen oder das Fehlen einer Eintragungsvoraussetzung, z. B. einer Unbedenklichkeitsbescheinigung des FinA., im Wege der Zwischenverfügung beanstanden wird (RG.: DNotZ. 1933, 655; Jonas: DNotZ. 1933, 523; a. M. Seybold-Hornig, „RNotarO.", § 21 Anm. V 10).

Der Notar braucht sich um die Einreichung von Urkunden bei dem GBA. regelmäßig nicht persönlich zu kümmern; es genügt, wenn er geeignete Vorkehrungen trifft, durch die sichergestellt wird, daß die Absendung der Urkunden durch gut geschulte Angestellte seiner Notariatskanzlei ausgeführt wird. Eine Verpflichtung, Schreiben an das GBA. als Einschreibebriefe abzusenden, besteht nicht (RG.: DNotZ. 1933, 657; vgl. Grunau a. a. O.).

Die Pflichten des Notars sind damit, daß er bei dem GBA. den Eintragungsantrag stellt oder die Urkunden dem GBA. (als Bote) zum Vollzuge einreicht, noch nicht erschöpft. Er hat gegebenenfalls auch nach dem Schicksal des Antrages zu forschen (RG.: DNotZ. 1933, 652), um die Beseitigung etwaiger Hindernisse besorgt zu sein, insbesondere den Beteiligten mitzuteilen, welche Erklärungen von ihnen etwa noch abzugeben sind. Hat der Notar den Eintragungsantrag gestellt und geht ihm daraufhin eine Eintragungsnachricht zu, so ist er verpflichtet, die Eintragung an Hand der Eintragungsnachricht auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zu prüfen. Im Falle einer Beanstandung oder Zurückweisung hat er die Beteiligten über die Möglichkeit einer Beschwerde zu unterrichten. Dagegen ist er regelmäßig nicht für verpflichtet zu erachten, von sich aus, also ohne entsprechenden Auftrag der Beteiligten, von dem ihm (etwa) zustehenden Recht, Beschwerde oder weitere Beschwerde einzulegen, Gebrauch zu machen.

10. Gebühren des Notars

Nach § 146 RKostO. erhält der Notar, der ein Rechtsgeschäft oder eine sonstige Erklärung beurkundet hat, für Anträge, die er auf Grund der Urkunden in Grundbuchangelegenheiten stellt, keine weitere Gebühr; er erhält ferner keine weitere Gebühr für die Erledigung von Beanstandungen und für das Beschwerdeverfahren. Er erhält jedoch die Hälfte der vollen Gebühr, wenn es notwendig ist, den Antrag oder die Beschwerde tatsächlich oder rechtlich näher zu begründen, und die Partei dies verlangt (vgl. auch oben Anm. 5).

11. Mitteilungen an den Notar in den mit dem Eintragungsverfahren zusammenhängenden Kostensachen

Nach § 28 Abs. 1 der Kostenverfügung v. 13. März 1937 (DJ. S. 433) fordert die Geschäftsstelle vorweg zu erhebende Gebühren- und Kostenvorschüsse, von deren Einzahlung die Vornahme einer Amtshandlung abhängig ist, von dem Zahlungspflichtigen mit Kostennachricht ein. Nach § 29 Abs. 4 S. 1 a. a. O. soll die Kostennachricht dem Bevollmächtigten, insbesondere dem Prozeßbevollmächtigten oder Notar, nur dann zugesandt werden, wenn er sich zur Vermittlung der Zahlung erboten hat oder die genaue Anschrift des Zahlungspflichtigen unbekannt ist. Auch dem Notar, der nach § 15 GBO. den Eintragungsantrag stellt, ist also die Kostennachricht nur unter den vorgenannten besonderen Voraussetzungen zu übersenden. Ist danach die Kostennachricht dem Zahlungspflichtigen selbst zu übersenden, so ist, wie sich aus § 29 Abs. 4 S. 3 a. a. O. ergibt, dem Notar zugleich mit der Beanstandungsverfügung, in der die Erledigung des Eintragungsantrages von der Zahlung des Kostenvorschusses abhängig gemacht wird, die Übersendung der Kostennachricht an den Zahlungspflichtigen und die Höhe des geforderten Betrages mitzuteilen[9]).

12. Antrags- und Beschwerderecht des Notars in den mit dem Grundbuchverfahren zusammenhängenden Genehmigungsverfahren

Ein besonderes Antrags- und Beschwerderecht ist dem Notar in verschiedenen Genehmigungsverfahren, die mit dem Grundbuchverfahren zusammenhängen, eingeräumt, so in §§ 64, 65 EHVfO. (für das Verfahren vor dem AnerbG.), in § 10 Abs. 1 der VO. zur Ausführung des Gesetzes über die Aufschließung von Wohnsiedlungsgebieten v. 25. Febr. 1935 (RGBl. I, 292). Soweit dem Notar ein Antragsrecht (bzw. Beschwerderecht) vor einer Genehmigungsbehörde nicht ausdrücklich eingeräumt ist (so z. B. in der Grundstücksverkehrsbek. v. 26. Jan. 1937 [RGBl. I, 35] und der AusfVO. dazu v. 22. April 1937 [RGBl. I, 534]), wird die Behörde im allgemeinen davon ausgehen können, daß der beurkundende (beglaubigende) Notar zum Antrage auf Genehmigung und zur Einlegung des zulässigen Rechtsmittels bevollmächtigt ist; sie wird daher regelmäßig davon absehen, die Vorlegung einer schriftlichen Vollmacht zu verlangen.

[9]) Einzelheiten über die Kostenvorschußpflicht in Grundbuchsachen siehe bei Recke: GrundE. 1937, 783 (mit Nachweisen über Rechtsprechung und Schrifttum); neuestens OLG. München: DFG. 1938, 152 und 179.

Schuldenbereinigungsgesetz und Immobiliarzwangsversteigerung

I.

Von Rechtsanwalt M. von Hauenschild, Berlin

Das SchuldenbereinigungsG. will veranlassen, daß sich Gläubiger und Schuldner über bestimmte aus der Notzeit herrührende Schuldverhältnisse einigen. Die Bereinigung kann auch durch den Schuldenbereinigungsrichter festgesetzt werden. Ein Gesetz, das mit einer solchen aus einer allgemeinen Notzeit geborenen Aufgabe betraut ist, kann nicht alles bis ins einzelne regeln; es muß sich auf Richtlinien beschränken. Daher wird man bei der Behandlung praktischer Fälle stets besonders genau den in der Präambel zum Ausdruck gebrachten Sinn und Zweck des Gesetzes vor Augen haben müssen.

Der Grundgedanke des Gesetzes ist folgender: Ist jemand in der Notzeit — d. i. vor dem 1. Jan. 1934 — wirtschaftlich zusammengebrochen und hat er sein ganzes Vermögen, das die Grundlage seiner bisherigen Lebensstellung bildete, zur Befriedigung seiner Gläubiger hingegeben, so sollen die alten, d. h. danach verbliebenen Schulden ihn nicht hindern, sich eine neue Lebensstellung aufzubauen.

Der Gesetzgeber unterscheidet zwei Fälle:

1. Jemand ist bei der Ausübung eines selbständigen Berufes vor dem 1. Jan. 1934 wirtschaftlich zusammengebrochen (§ 1 Abs. 1).
2. Jemand, der einen nichtselbständigen Beruf ausgeübt hat, hat vor dem 1. Jan. 1934 seinen Grundbesitz verloren (§ 1 Abs. 2).

In beiden Fällen sollen von dem Gesetz, wie schon sein Name sagt, die Schulden erfaßt werden, die nach Auflösung des Vermögens im Zusammenbruch oder nach Verlust des Grundstücks verblieben sind, für deren Abdeckung also die Vermögensmasse, obwohl sie hingegeben wurde, nicht ausreichte. Nur dann handelt es sich um „alte Schulden".

Von diesen Grundlagen ausgehend, seien zwei Fragen untersucht:

Welche Behandlung kann eine Verkehrshypothek auf Grund des SchuldenbereinigungsG. erfahren?

Welchen Einfluß kann ein Antrag auf Schuldenbereinigung auf ein schwebendes Zwangsversteigerungsverfahren ausüben?

Verkehrshypotheken, die nach dem 1. Jan. 1934 ent-

standen sind, sind jeder Behandlung auf Grund des SchuldenbereinigungsG. entzogen, da sie nicht unter den Begriff „alte Schulden" fallen.

Bei den Verkehrshypotheken, die vor dem 1. Jan. 1934 entstanden sind, können zwar aus dem Gesichtspunkt der Entstehungszeit keine Bedenken gegen die Subsumtion unter den Begriff „alte Schulden" erwachsen. Es müssen aber weitere Voraussetzungen erfüllt sein, damit die Behandlung einer Forderung gemäß dem SchuldenbereinigungsG. möglich ist.

Beruft sich jemand, der einen selbständigen Beruf ausgeübt hat, auf das SchuldenbereinigungsG., so muß er vor dem 1. Jan. 1934 wirtschaftlich zusammengebrochen sein (§ 1 Abs. 1). Es kann sich hier z. B. um Personen handeln, deren wirtschaftliche Basis ein Fabrikationsbetrieb, ein Handelsgeschäft, ein landwirtschaftlicher Betrieb o. ä. war. Wirtschaftlich zusammengebrochen heißt: „Die wirtschaftliche Grundlage seiner selbständigen Lebenshaltung zur Befriedigung seiner Gläubiger hingegeben haben." Wenn eine Hypothekenforderung als „alte Schuld" in Betracht kommen soll, so muß der Antragsteller jetzt noch Eigentümer eines Grundstücks sein. Man wird dann die Anwendungsmöglichkeit des SchuldenbereinigungsG. schlechthin verneinen müssen. Denn das Vermögen ist nicht hingegeben, wenn noch ein so beträchtliches Wertobjekt wie ein Grundstück vorhanden ist. Es liegt der Tatbestand, daß jemand nach einem vor dem 1. Jan. 1934 erfolgten wirtschaftlichen Zusammenbruch nur Schulden übrigbehalten hat, die ihn an dem Aufbau einer neuen wirtschaftlichen Basis hindern, nicht vor. Ist aber eine Anwendung des SchuldenbereinigungsG. schlechthin ausgeschlossen, so ist auch kein Raum für die Einstellung einer Zwangsversteigerung des Grundstücks aus Schuldenbereinigungsgesichtspunkten.

An dem Grundsatz, daß das Vorhandensein eines Grundstücks jede Anwendung des SchuldenbereinigungsG. unmöglich macht, muß in aller Regel festgehalten werden. Man denke aber z. B. an einen Fall, in dem ein Fabrikant vor dem 1. Jan. 1934 zusammengebrochen ist; er hat sein Fabrikgrundstück und sein Vermögen mit einer Ausnahme, ein mit Verkehrshypotheken überbelastetes Mietgrundstück, verloren. Außer den Hypothekenschulden sind noch eine Reihe Schulden aus dem Fabrikationsbetrieb zurückgeblieben. Die Anwendung des SchuldenbereinigungsG. schlechthin wegen des noch bestehenden Eigentums an dem überbelasteten Hausgrundstück abzulehnen, erscheint unbillig. Denn das Haus stellt, da es überbelastet ist, einen Vermögenswert für den Antragsteller nicht mehr dar. Das Unterlassen der Versteigerung des Hauses und damit der Hingabe dieses Vermögensteils zur Befriedigung der Gläubiger (und zwar entsprechend ihrer dinglichen Berechtigung am Grundstück) mag auf einem Entgegenkommen des Gläubigers oder auf technischen Gründen beruhen. Hätte der Antragsteller auch diesen Vermögensteil bei seinem Zusammenbruch zur Befriedigung hingegeben, wäre die Versteigerung also durchgeführt, so würde er nunmehr eine Bereinigung seiner aus dem Fabrikationsbetrieb verbliebenen Schulden und etwa nach Durchführung der Versteigerung verbliebenen Ausfallsforderungen durchsetzen können.

Man muß wohl nach dem Grundgedanken des Gesetzes auch hier eine Bereinigung der „alten Schulden" für billig und zulässig halten. Was ist aber in einem solchen Fall unter „alten Schulden" zu verstehen? „Alte Schulden" sind nur die aus dem Fabrikationsbetrieb verbliebenen Schulden und die etwaigen noch nicht feststehenden Ausfallsforderungen aus dem Grundstücksversteigerungsverfahren. Die an dem Grundstück durch Verkehrshypotheken dinglich gesicherten Forderungen dagegen unterfallen einer Behandlung auf Grund des SchuldenbereinigungsG. nicht. Denn es sind nicht Schulden, die nach Vermögenshingabe verblieben sind, sondern Schulden, die an noch vorhandenen Vermögensgegenständen mittels Pfandrecht dinglich gesichert sind. Zu ihrer Befriedigung — und zwar entsprechend ihrer dinglichen Berechtigung am Grundstück — muß erst das Grundstück hingegeben werden. Mit dieser Maßgabe wird man trotz Vorhandenseins eines Grundstücks eine Schuldenbereinigung entsprechend dem Zweck des Gesetzes zulassen können. Eine Behandlung von Verkehrshypotheken im Schuldenbereinigungsverfahren ist nicht möglich, denn sie würde immer eine Maßnahme sein, die auf Erhaltung eines bei dem Zusammenbruch nicht hingegebenen Vermögensgegenstandes gerichtet ist. Das SchuldenbereinigungsG. soll aber nicht Vermögen schaffen oder erhalten, sondern aus der Notzeit stammende Schlacken beseitigen, die jeder Neuerrichtung einer selbständigen Existenz hindernd im Wege stehen.

Die erste Frage ist also dahin zu beantworten, daß eine Verkehrshypothek auf Grund des SchuldenbereinigungsG. unter keinen Umständen — auch bei weitester Zulassung einer Schuldenbereinigung überhaupt — herabsetzbar ist. Für die Schuldenbereinigung kommen immer nur Ausfallforderungen von Verkehrshypotheken in Betracht.

Hiervon muß man bei der Untersuchung der zweiten Frage, welchen Einfluß nämlich ein Antrag auf Schuldenbereinigung auf ein schwebendes Zwangsversteigerungsverfahren haben kann, ausgehen. Der Schuldenbereinigungsrichter ist berechtigt, einen vorläufigen Vollstreckungsschutz anzuordnen, damit der Schuldner „während der Dauer der Verhandlungen über eine gütliche Schuldenbereinigung gegen eine Inanspruchnahme wegen alter Forderungen" geschützt ist (§ 10 Abs. 2). Nach dieser Auffassung des Gesetzes soll der Schutz nur gegen eine Vollstreckung aus „alten Schulden" bestehen. Denn nur an diesen „alten Schulden" kann sich durch das SchuldenbereinigungsG. etwas ändern. Es soll durch den Schuldenbereinigungsrichter verhindert werden können, daß eine Vollstreckung wegen Forderungen stattfindet, deren Herabsetzung oder Streichung Gegenstand des Schuldenbereinigungsverfahrens ist. Eine einstweilige Einstellung einer Zwangsversteigerung aus Schulden — wie beispielsweise Verkehrshypotheken —, die keine Änderung durch das SchuldenbereinigungsG. erfahren können, widerspricht dem Sinn und Wortlaut des Gesetzes. Sie würde außer einer Verzögerung des Versteigerungsverfahrens keinen praktischen Erfolg herbeiführen können. Vor Durchführung des Zwangsversteigerungsverfahrens wird sogar ein Abschluß des Schuldenbereinigungsverfahrens nicht möglich sein, weil erst die Durchführung des Zwangsversteigerungsverfahrens ergibt, ob und in welcher Höhe der Schuldenbereinigung unterfallende Ausfallforderungen vorhanden sind.

Der Schuldenbereinigungsrichter kann also wegen Verkehrshypothekenforderungen eine einstweilige Einstellung nicht anordnen. Wird daher ein Zwangsversteigerungsverfahren aus derartigen Forderungen betrieben, die im Schuldenbereinigungsverfahren nicht kürzbar sind, so kann auch ein Antrag auf Schuldenbereinigung das Versteigerungsverfahren nicht beeinflussen.

Hat jemand einen nichtselbständigen Beruf ausgeübt und hat er außerdem Grundbesitz gehabt, so ist Voraussetzung für die Anwendung des BereinigungsG. der Verlust des Grundbesitzes vor dem 1. Jan. 1934 durch Versteigerung. Der Betreffende soll nicht durch alte Schulden, die im Zusammenhang mit seinem verlorenen Grundbesitz entstanden sind, auf Jahre hinaus in der Gefahr schweben müssen, daß ihm immer nur der pfändungsfreie Betrag seines Gehaltes, Lohnes usw. verbleibt. Eine Hypothek also, die gegen den Schuldner vor dem 1. Jan. 1934 entstanden ist, muß entweder bezahlt, übernommen oder ausgefallen sein. Der Schuldenbereinigungsantrag einer Person, die einen nichtselbständigen Beruf ausgeübt hat, ist also stets unbegründet, wenn noch Grundbesitz vorhanden ist. Es kommt dann naturgemäß auch eine Beeinflussung eines schwebenden Zwangsversteigerungsverfahrens nicht in Frage.

Wie die Praxis ergibt, versucht eine Reihe von Schuldnern das Schuldenbereinigungsverfahren dazu zu mißbrauchen, um in letzter Stunde einen Zwangsversteigerungstermin aufzuheben oder auf sonstige Weise ein schwebendes Versteigerungsverfahren zu verzögern.

Wenn AGR. Dr. Breithaupt in seinem Aufsatz in der JW. 1938, 2441 schon für den Normalfall darauf hinweist, daß der Richter bei Bewilligung von vorläufigem Vollstreckungsschutz Vorsicht üben müsse und daß eine Prüfung, ob die Voraussetzungen des SchuldenbereinigungsG. aller Voraussicht nach vorliegen, vor Bewilligung des vorläufigen Vollstreckungsschutzes unumgänglich sei, so muß dies erst recht gelten, wenn der sich auf das SchuldenbereinigungsG. berufende Schuldner noch Eigentümer eines Grundstücks ist, dessen Zwangsversteigerung aus einer Forderung betrieben wird, die im SchuldenbereinigungsG. nicht herabsetzbar ist. Der Schuldenbereinigungsrichter muß dann bei seinem Beschluß über die Gewährung des vorläufigen Vollstreckungsschutzes eindeutig klarstellen, wegen welcher Forderungen der Vollstreckungsschutz angeordnet wird. Es dürfte u. U. sogar zweckmäßig sein, negativ festzustellen, daß wegen der zur Vollstreckung stehenden dinglichen, nicht alten Schulden der vorläufige Vollstreckungsschutz nicht gewährt wird, damit nicht der Versteigerungsrichter erst feststellen muß, daß die Forderung, aus der die Versteigerung betrieben wird, von dem vorläufigen Vollstreckungsschutz des Schuldenbereinigungsrichters nicht erfaßt wird.

Sollten sich — dies ist kaum denkbar — ganz besondere Fälle ergeben, in denen der Fortfall alter Schulden auf Grund des SchuldenbereinigungsG. die Versteigerung eines Grundstücks wegen nicht alter Schulden unbillig erscheinen läßt, so würde der Versteigerungsrichter in der Lage sein, dem aus den Gesichtspunkten der Verordnung v. 26. Mai 1933 Rechnung zu tragen.

Bisherige Veröffentlichungen:

1. Gesetz über die Bereinigung alter Schulden v. 17. Aug. 1938 (RGBl. I, 1033).
2. Amtliche Begründung: DJ. 1938, 1334 (RJM 3420 IV b 4 1400).
3. Aufsatz AGR. Dr. W. Breithaupt (RJM.: JW. 1938, 2441).
4. ORegR. Dr. Riehle: BankArch. 1938 Nr. 23.
5. Aufsatz RegR. von der Groeben (REM.: RdRN. 1938, 775).
6. Aufsatz LGR. W. Lucas: „Die Bank" 1938, 1177.
7. Aufsatz AGR. Dr. Karl Plumeyer: „Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer" 1938 H. 25.

II.

Von Amtsgerichtsrat Dr. Breithaupt, Berlin

v. Hauenschild geht von der Annahme aus, daß ein wirtschaftlicher Zusammenbruch i. S. des § 1 Abs. 1 SchuldBereinG. erst dann vorliege, wenn der Schuldner sein Vermögen zur Befriedigung seiner Gläubiger hingegeben habe. Dies trifft jedoch nicht zu. § 1 Abs. 1 Satz 2 enthält nicht eine Legaldefinition des Begriffs „wirtschaftlicher Zusammenbruch", wie v. Hauenschild anzunehmen scheint. § 1 Abs. 1 Satz 2 besagt vielmehr, daß die Schuldenbereinigung neben dem wirtschaftlichen Zusammenbruch noch ein zweites, nämlich die Vermögenshingabe, zur Voraussetzung hat. Für die Frage, wann ein Schuldner wirtschaftlich zusammengebrochen ist, kommt es nicht auf den Zeitpunkt an, in dem seine Vermögensstücke zugunsten seiner Gläubiger verwertet worden sind. Der Zusammenbruch tritt vielmehr in dem Augenblick ein, in dem der Schuldner außerstande ist, seinen bisherigen Geschäftsbetrieb fortzuführen, in dem er diesen Betrieb „aufgeben" muß (ebenso Zöller: JW. 1938, 3014). Dies Ereignis muß, wenn der Schuldner einen Anspruch auf Schuldenbereinigung nach § 1 Abs. 1 haben soll, vor dem 1. Jan. 1934 eingetreten sein. Der Zeitpunkt der Vermögenshingabe kann dagegen im Fall des § 1 Abs. 2 auch nach dem 1. Jan. 1934 liegen.

Gewiß wird in vielen Fällen der Zusammenbruch und die Vermögenshingabe praktisch zusammenfallen. So wird man z. B. sagen können, daß ein landwirtschaftlicher Betrieb im allgemeinen erst in dem Augenblick zusammenbricht, in dem die Betriebsgrundstücke in der Zwangsversteigerung einem anderen zugeschlagen werden. Bis zu diesem Zeitpunkt kann der Betriebsinhaber seinen Betrieb noch fortgeführt haben. Die Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens als solche zwingt ihn jedenfalls in der Regel nicht zur Aufgabe seines Betriebes. Anders ist es dagegen bei einem kaufmännischen oder gewerblichen Unternehmen, das in Konkurs gerät. Hier ist der Zusammenbruch bereits im Zeitpunkt der Konkurseröffnung eingetreten, da der Schuldner damit die Herrschaft über den Betrieb verliert (vgl. meinen Aufsatz: JW. 1938, 2442 und Zöller: JW. 1938, 3014). Ebenso ist es denkbar, daß z. B. ein Handwerker infolge von Mobiliarvollstreckungen vor dem 1. Jan. 1934 zur Aufgabe seines Betriebs gezwungen wurde, daß aber das dem Schuldner gehörige Betriebsgrundstück erst nach dem 1. Jan. 1934 zur Versteigerung gekommen ist. Es läßt sich also nicht sagen, daß eine Schuldenbereinigung auf Grund des § 1 Abs. 1 grundsätzlich ausgeschlossen wäre, wenn der Schuldner am 1. Jan. 1934 noch Grundstücke — oder sonstiges Vermögen — besaß. Allerdings muß der Schuldner — sei es vor, sei es nach diesem Zeitpunkt — das Vermögen, das die Grundlage seiner selbständigen Existenz bildete, zur Befriedigung seiner Gläubiger hingegeben haben. Es steht aber, wie auch v. Hauenschild anerkennt, der Schuldenbereinigung nicht entgegen, wenn dem Schuldner von seinem früheren Vermögen trotz seines wirtschaftlichen Zusammenbruchs etwa noch ein Grundstück verblieben ist, das die Gläubiger wegen seiner Überbelastung oder aus sonstigen Gründen zunächst nicht zur Versteigerung gebracht haben (wegen der Einzelheiten vgl. meinen Aufsatz: JW. 1938, 2442 2. Sp.). Für solche Fälle vertritt v. Hauenschild die Auffassung, daß die durch Verkehrshypotheken an dem Grundstück gesicherten Forderungen nicht der Schuldenbereinigung unterlägen, weil es sich dabei, solange der Schuldner das Grundstück noch nicht hingegeben habe, nicht um ausgefallene Forderungen handele. Das Zwangsversteigerungsverfahren, das wegen einer solchen Hypothek betrieben wird, soll deshalb durch die Schuldenbereinigung nicht beeinflußt werden können.

Es ist nicht zu verkennen, daß beachtliche Gründe für diese Auffassung sprechen. Folgt man ihr, so ist das Verhältnis zwischen Schuldenbereinigungsverfahren und Zwangsversteigerungsverfahren für alle Fälle eindeutig bestimmt. Der Versuch böswilliger Schuldner, durch Berufung auf das SchuldenbereinigungsG. im letzten Augenblick eine erneute, sachlich nicht gerechtfertigte Einstellung eines Zwangsversteigerungsverfahrens zu erreichen, wird von vornherein vereitelt. Auf der anderen Seite ist aber festzustellen, daß der Wortlaut des Gesetzes gegen die Auffassung v. Hauenschilds spricht. Nach § 1 Abs. 3 werden von der Schuldenbereinigung in den Fällen des Abs. 1 alle Geldschulden erfaßt, die aus der Zeit vor dem wirtschaftlichen Zusammenbruch des Schuldners stammen. Daß hypothekarisch gesicherte Forderungen keine „alten Forderungen" im technischen Sinn wären, sagt das Gesetz nicht. Auch vom Standpunkt der Billigkeit aus ist nicht ohne weiteres einzusehen, weswegen dem Schuldner unter allen Umständen das Grundstück, vielfach der letzte ihm noch verbliebene Vermögenswert, erst genommen werden muß, bevor er eine Schuldenbereinigung hinsichtlich der hypothekarisch gesicherten Schulden erlangen kann. Ob ein solches Verfahren unbedingt zweckmäßig ist, muß doch zweifelhaft erscheinen. Ich möchte deshalb annehmen, daß, wenn die übrigen Voraussetzungen des Gesetzes vorliegen, auch dinglich gesicherte alte Forderungen grundsätzlich von dem Schuldenbereinigungsverfahren erfaßt werden. Eine andere Frage ist aber, wie der Richter solche Forderungen im Schuldenbereinigungsverfahren zu behandeln hat. Sicher scheint mir, daß der Richter eine echte Hypothek, d. h. eine langfristige Bodenbeleihung, die durch den Wert des Grundstücks gedeckt ist, im Rahmen der Schuldenbereinigung nicht ohne weiteres gegen den Willen des Gläubigers im Kapital kürzen darf. Es würde die Grundlagen des Realkredits erschüttern, wenn der Richter etwa die Hypothek eines Pfandbriefinstituts oder einer Sparkasse, die zur Deckung mündelsicherer Anlagen dient, ohne Rücksicht auf die Rangstellung

zusammenstreichen könnte. Dem stünde bereits § 2 Abs. 2 SchuldBereinG. entgegen. Allenfalls vertretbar wäre die Beseitigung von Verzugsfolgen, die zeitweilige Zinsermäßigung und die Streichung rückständiger Zinsen, Maßnahmen, die der Versteigerungsrichter in geeigneten Fällen bereits in dem Güteverfahren nach der AV. des RJM. v. 3. Jan. 1935 (DJ. 1935, 45) dem Gläubiger nahelegen soll. Ein weiteres Eingriffsrecht wird man dem Richter der Vertragshilfe wohl höchstens bei Personalkrediten, z. B. Bankkrediten, zuerkennen können, die — etwa durch Bestellung von Grundschulden an ungünstiger Rangstelle — dinglich gesichert worden sind. Soweit hier die Forderung auf den überhöhten Zinssätzen der Vergangenheit beruht, könnte eine Kapitalkürzung trotz der dinglichen Sicherung unter Umständen wohl vertretbar sein.

Auch wenn man die Auffassung vertritt, daß die hypothekarische Sicherung einer aus der Zeit vor dem Zusammenbruch des Schuldners stammenden Forderung den Charakter als „alte Forderung" nicht schlechthin nimmt, wird man dieser Forderung also bei der Schuldenbereinigung eine Sonderstellung einräumen müssen. Gegenüber Anträgen des Schuldners, ein schwebendes Zwangsversteigerungsverfahren auf Grund des § 10 Abs. 2 einzustellen, wird äußerste Zurückhaltung am Platze sein. Eine solche Anordnung kann nur in Betracht kommen, wenn nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen eine Sanierung des Grundstücks durch die Schuldenbereinigung möglich erscheint. Es wird sich empfehlen, vor der Entscheidung über den Antrag einen Termin zur mündlichen Verhandlung anzuberaumen, in dem die Sanierungsmöglichkeiten mit den Beteiligten erörtert werden können. Erscheint die Sanierung aussichtslos, so ist der Antrag abzulehnen. Ist der Antrag offensichtlich nur zu Verschleppungszwecken im letzten Augenblick gestellt, obwohl der Schuldner ihn früher hätte stellen können, so wird der Antrag von vornherein abzuweisen sein.

Ansprüche des Vermieters gegen den Mieter bei dessen Auszuge aus Räumen, die umgebaut oder abgerissen werden, wegen dem Mieter obliegender, von ihm aber nicht ausgeführter Schönheitsinstandsetzungen

Von Landgerichtsdirektor Dr. G. Bandmann, Berlin

I. Hat ein Mieter die Unterhaltungspflicht der Mietsache während der Vertragsdauer ganz oder teilweise (z. B. nur hinsichtlich der Schönheitsinstandsetzungen) vertraglich übernommen, dann steht dem Vermieter ein Anspruch auf Vornahme dieser von ihm näher zu bezeichnender Arbeiten in sachgemäßer Ausführung zu. Ist der Mieter im Verzuge, dann kann der Vermieter statt dessen Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Wählt der Vermieter diesen Anspruch, so ist sein Anspruch auf Vornahme der Arbeiten grundsätzlich ausgeschlossen. Ebenso ist sein Anspruch auf Erfüllung, d. h. Ausführung der Instandsetzungsarbeiten, weggefallen, wenn der Mieter in der ihm vom Vermieter nach § 326 BGB. gesetzten angemessenen Frist der Instandsetzungspflicht nicht nachkommt. Der Vermieter kann dann auch nicht etwa diese Sachleistung, die Instandsetzung, als Schadensersatz verlangen, weil dies wieder zum Erfüllungsanspruch führen würde (JW. 1929, 3224 [2]). Der Schadensersatzanspruch geht nach § 249 Abs. 2 BGB. vielmehr nur auf Entschädigung in Geld (RG. 61, 353). Ist der Mieter ausgezogen, ohne die ihm obliegenden Instandhaltungsarbeiten ausgeführt zu haben, dann bedarf es der normalerweise vom Vermieter dem Mieter zu setzenden Frist — § 326 Abs. 1 BGB. — nicht. Der Vermieter kann vielmehr ohne diese sonst notwendige Fristsetzung Zahlung verlangen. Denn in dem Zurücklassen der Mieträume ohne Vornahme der Instandhaltungsarbeiten ist regelmäßig eine endgültige Leistungsverweigerung des Mieters zu erblicken, die den Vermieter berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung ohne Fristsetzung nach § 326 BGB. zu verlangen. KG.: GrundE. 1932, 788; 1933, 386.

Bestritten ist, ob der Vermieter zur Begründung seines Geldersatzanspruchs dartun muß, daß er die Instandhaltungsarbeiten bereits ausgeführt und Aufwendungen hierfür gehabt habe. Die Entscheidungen der 48. und 62. ZivK. des LG. Berlin: GrundE. 1935, 278 = JW. 1935, 1112; GrundE. 1935, 348 u. 414 verlangen dies. Dies hält das KG.: JW. 1934, 1428 [1] (1429) nicht für erforderlich: Notwendig sei nur der Nachweis, daß zur künftigen Ausführung der vom Mieter unterlassenen, nunmehr vom Vermieter auszuführenden Instandhaltungsarbeiten der geforderte Geldbetrag benötigt werde. Im GrundE. 1935, 460 führt sogar das KG. aus: „Wie der Vermieter über den Geldbetrag verfügte, den er zur Ausführung der Schönheitsinstandsetzungen vom Mieter verlangen kann, ob er ihn zur Ausführung der Schönheitsreparaturen, für andere Arbeiten oder sonstwie verwendete, berührt die einmal entstandene Schuld des Mieters nicht. Insbesondere vernichtet die Änderung des Verwendungszwecks der Mieträume, welche eine Verwendung des Geldbetrages zur Ausführung der Schönheitsreparaturen im Zeitpunkt der Urteilsfällung unmöglich gemacht habe, die Forderung des Vermieters nicht." Dem KG. hat sich die 82. ZivK. des LG. Berlin: GrundE. 1936, 99 angeschlossen. Ebel, „RMietG.", 6. Aufl., 1936; PrAV. zum RMietG. § 7 Anm. 4a² S. 90 hält diese Ansicht „der Rechtslage" nach für zutreffend, erkennt aber an, daß sie „im Einzelfall zu unbilligen Ergebnissen führt". Hingegen läßt das AG. Charlottenburg, obschon es sich im allgemeinen den grundsätzlichen Standpunkt des KG. hinsichtlich der Entstehung und des Bestandes des Schadensersatzanspruchs des Vermieters zu eigen macht, diesen doch dann entfallen, wenn der Mieter nachweist, daß infolge Umbaus, Neuvermietung im bisherigen Zustande od. dgl. ein Schaden nicht eingetreten ist (GrundE. 1936, 747). Dem schließt sich Dahmann: „Übersicht der Mietrechtsprechung im Jahre 1936": GrundE. 1937, 117 an.

Der Ansicht des KG.: GrundE. 1935, 40 und der 82. ZivK. des LG. Berlin: GrundE. 1936, 99 kann nicht beigepflichtet werden. Zwar sagt auch das RG.: JW. 1929, 3224 [2] unter Berufung auf RG. 71, 214 = JW. 1909, 454, der Vermieter könne die Kosten für die von ihm selbst erst vorzunehmenden Instandsetzungsarbeiten vom Mieter fordern. Es betont aber schon in dieser Entscheidung, daß die Forderung des Vermieters nur auf eine „vorschußweise" Zahlung gerichtet sei und daß es „selbstverständlich sei, daß der Vermieter im Verhältnis zum Mieter auch verpflichtet sei, die Arbeiten selbst vorzunehmen und diesen Kostenvorschuß sachgemäß zu verwenden". Schon aus den zutreffenden Ausführungen dieser Entscheidung des RG. war zu entnehmen, daß diese Verpflichtung auf Zahlung des erforderlichen Vorschusses zur Ausführung von Schönheitsreparaturen entfallen muß, wenn der Zweck der Vorschußzahlung, nämlich die wirkliche Ausführung der Schönheitsinstandsetzungen nicht in Frage kommt, etwa weil die Räume umgebaut, das Haus niedergerissen werden soll u. dgl. Die Richtigkeit dieser Rechtsansicht hat das RG. aber noch besonders klar und eingehend in der Entscheidung der JW. 1937, 3223 [18] entwickelt. In diesem Urteil setzt es auseinander, welchen Schaden ein Hausbesitzer bei Einsturz seines Hauses habe, das er nicht wiederaufbauen wolle oder könne, in welcher Weise dieser seine Schadensberechnung aufmachen müsse. § 249 S. 2 BGB. bestimme — wie das RG. ausführt —, daß der Gläubiger statt der Herstellung, die damit also als möglich vorausgesetzt werde, den dazu erforderlichen Geldbetrag

verlangen könne. Diese in § 249 S. 2 BGB. getroffene Regelung lasse die Natur als eines Herstellungsanspruchs unberührt und gebe ihm lediglich eine andere Form. Daraus sei zu folgern, daß mit dem Wegfall des Herstellungsanspruchs überhaupt auch seine durch § 249 S. 2 BGB. geschaffene besondere Gestaltung entfalle, daß also die Möglichkeit, grundsätzlich noch Herstellung zu fordern, auch Voraussetzung des Anspruchs auf Herstellungskosten sei. Als entscheidender Zeitpunkt für die Frage, wann das begründete Herstellungsverlangen noch bestehe, müsse der Schlußtermin vor dem Tatsachenrichter angesehen werden, der auch sonst Inhalt und Umfang des Schadensausgleichs bestimme. Sei der Herstellungsanspruch weggefallen, dann würde die Möglichkeit, trotzdem noch Wiederherstellungskosten erstattet zu verlangen, dem gesunden Rechtsempfinden widerstreiten. In einem solchen Falle könne nur die in § 251 BGB. für den Fall der Unmöglichkeit der Herstellung vorgesehene Entschädigung in Geld verlangt werden. Grundsätzlich zu ersetzen sei mindestens der Minderwert, den die Sache unmittelbar nach der Schadenszufügung als dessen Folge gehabt hat (RG. 98, 53 = JW. 1920, 387; RGRKomm. 1934, § 251 Anm. 3). Nach diesen vom RG. ausgesprochenen Leitsätzen hat das LG. Berlin: Urt. v. 19./26. Okt. 1938, 228 O 229/38 = JW. 1938, 3173 den Anspruch des Hauseigentümers gegen den Mieter auf Zahlung der zur Ausführung von Schönheitsreparaturen notwendigen Beträge abgewiesen, weil der Hauseigentümer diese Instandsetzungsarbeiten weder vornehmen will noch diese wirtschaftlich sachgemäß sind. Denn das fragliche Haus soll enteignet und demnächst ganz oder teilweise abgerissen werden, darf auch grundsätzlich nicht weiter vermietet werden. Hingegen wurde dem Antrage auf Feststellung der Ersatzverpflichtung der Bekl. zur Zahlung des Betrages entsprochen, welchen der Hauseigentümer demnächst bei der Enteignung oder der Veräußerung wegen der Nichtausführung der Schönheitsreparaturen weniger erhalten wird.

II. Man hat nun in verschiedener Weise einen Anspruch auf Nachzahlung mindestens der Beträge zu konstruieren gesucht, die der Vermieter gegenüber dem Betrage zu wenig erhalten habe, welchen er bekommen haben würde, wenn er selbst entsprechend der gesetzlichen Regelung des § 536 BGB. die Instandhaltungspflicht behalten hätte.

1. Zur Begründung wird folgendes ausgeführt: Der Vermieter könne wegen der Nichtausführung der Schönheitserhaltungsarbeiten vom ganzen Mietvertrage noch nach dessen Beendigung zurücktreten (§ 326 BGB.). Dann seien beide Parteien verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren (§ 346 S. 1 BGB.). Der frühere Mieter müsse für Überlassung der Benutzung der Mietsache nach § 346 S. 2, § 347 S. 1 u. 2, § 987 BGB. eine Vergütigung zahlen. Diese werde regelmäßig den Betrag der bereits gezahlten Miete plus einem Aufschlage für die Übernahme der Schönheitsinstandsetzungskosten durch den Hauswirt ausmachen. Insbesondere bei der gesetzlichen Miete oder bei einer der gesetzlichen Regelung nachgebildeten Miete habe also der Mieter die „4%" nachzuzahlen, die er sonst zu zahlen gehabt hätte, wenn der Hauseigentümer die Instandhaltungspflicht behalten hätte. — Nun ist zwar die Verpflichtung zur Ausführung der Schönheitsinstandhaltung eine Hauptverpflichtung des Mieters, wie sich aus dem engen Zusammenhange zwischen Mietzinszahlung und Schönheitsreparaturen ergibt, nämlich der Möglichkeit, 4% bei Zahlung der gesetzlichen Zuschläge nach § 7 PrAV. zum RMietG. v. 24. April 1936 zu kürzen. Das RG. hat auch in RGZ. 105, 167 (169) ausgeführt, daß trotz der in §§ 553, 554 BGB. gegebenen Kündigungsrechte die allgemeinen Bestimmungen über gegenseitige Verträge auf Miet- und Pachtverhältnisse Anwendung finden und daß nach § 326 BGB. dem Vermieter auch das Rücktrittsrecht selbst nach begonnenem Vertrage gegeben werden muß, weil dem Vermieter sonst die Möglichkeit einer sofortigen Vertragsauflösung abgeschnitten würde und eine empfindliche Lücke im Rechtsschutzsystem des Gesetzes entstünde. Aber das RG. will — wie schon aus dieser Entscheidung hervorgeht und wie noch deutlicher in der Entscheidung Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1929, 1198 gesagt ist — den Rücktritt dann nicht gewähren, wenn dem Vermieter bereits andere Rechte zustehen, weil ein Nebenherbestehen des Rücktrittsrechts bedenklich und unerwünscht sei. Im vorliegenden Fall hat ja aber der Vermieter den nach § 251 BGB. allerdings besonders ausgestalteten Schadensersatzanspruch, so daß für das Nebenherbestehen des Rücktrittsrechts kein Anlaß vorhanden ist. Ferner ist — vgl. RG.: JW. 1935, 2041 = HöchstRRspr. 1935, 1129 — anerkannten Rechts, daß in entsprechender Anwendung des § 320 Abs. 2 BGB. ein Rücktritt auf Grund des § 326 BGB. überhaupt unstatthaft ist, wenn der Schuldner mit einer verhältnismäßig geringfügigen Teilleistung (ohne Unterschied, ob diese Haupt- oder Nebenleistung ist) im Verzuge ist, da ein derartiger Rücktritt einen Verstoß wider Treu und Glauben darstellen würde (RG. 76, 153 = JW. 1911, 580; 1933, 2274[6]; RGRKomm. Bem. 1c u. 2 zu § 326). Im Verhältnis zu dem bar zu zahlenden Mietzins ist aber die Instandhaltungspflicht regelmäßig eine geringfügige Teilleistung.

2. Auch im Wege des teilweisen Rücktritts vom Mietvertrage kann die Nachzahlung des Betrages von 4%, um den der Mieter wegen der übernommenen, aber nicht ausgeführten Schönheitsreparaturen den allgemeinen Hundertsatz gekürzt hat, nicht verlangt werden. Die frühere VO. des Preußischen Ministers für Volkswohlfahrt über die Mietzinsbildung v. 17. April 1924 (Preuß. GS. 1924, 475) bestimmte zwar in § 7 Abs. 2 S. 3: „Weitergehende Ansprüche des Vermieters (wegen vom Mieter übernommener, aber nicht ausgeführter Schönheitsreparaturen) bleiben unberührt" und erwähnte diese Nachzahlungspflicht. Für die Geltungszeit der erwähnten PrVO. v. 17. April 1924 geben diesen Rückzahlungsanspruch Ebel-Lilienthal, „RMietG. 1930, 5. Aufl., VO. des PrMin. für Volkswohlfahrt § 7 Anm. 8 S. 145; Strach: MietGer. 1932, 125 (insbesondere S. 126 zu a^3 u. b^2); ferner LG. Berlin 32. ZivK.: MietGer. 1932, 36 = GrundE. 1931, 1422 und LG. Köln: MittBlatt des Reichsbundes der Mieter 1927 Nr. 6, 7, für den heutigen Rechtszustand — obwohl die jetzige Fassung der PrAV. zum RMietG. v. 24. April 1936 (Krieg-Bandmann, „Mietrecht", 5. Aufl., 1938, S. 51) in § 7 diesen Passus nicht aufgenommen hat — Ebel, „RMietG.", 6. Aufl., 1936, § 7 PrAV. zum RMietG. § 7 Anm. 4a Ziff. 3 S. 90/91. Ihnen trat schon für den früheren Rechtszustand Hertel, „Gesetzliche Miete und Hauszinssteuer 1924", PrAV. v. 17. April 1924 Anm. 2 S. 30 und in „Gesetzliche Miete und Hauszinssteuer" Tb. II (1927) S. 315 entgegen. Mit Recht: einen Rücktritt nach § 326 BGB. gibt es nur vom ganzen Vertrage (vgl. RGRKomm. zum BGB. 1934, § 356 Anm. 1 und § 326 Anm. 1c), da ein einheitlicher Vertrag sich nicht zerreißen läßt (RGZ. 67, 104 = JW. 1908, 3; RGZ. 79, 311; Warn. 1909 Nr. 288; Gruch. 53, 948; SeuffArch. 74 Nr. 26). Die Pflicht zur Ausführung der Instandhaltungsarbeiten ist ein Teil der Gegenleistungen des Mieters, ein Teil seines Mietzinses und bildet mit ihm ein einheitliches Ganze. Darum ist ein Teilrücktritt hinsichtlich dieser Verpflichtung nicht angängig (ebenso: Krieg-Bandmann a. a. O. § 7 Anm. 5c S. 61).

3. Schließlich: Auch aus § 812 BGB. kann der Vermieter nicht die Nachzahlung des Betrages von 4%, um den der Mieter wegen der übernommenen, aber nicht ausgeführten Instandhaltungsarbeiten den Hundertsatz der gesetzlichen Miete oder einer der gesetzlichen Regelung nachgebildeten Miete gekürzt hat, als „ungerechtfertigte Bereicherung" verlangen. Von den in § 812 BGB. zusammengestellten Bereicherungstatbeständen liegt nicht vor, daß der Mieter ohne Grund etwas verlangt hat — denn er hat nach dem Mietvertrage weniger zu zahlen gehabt —, noch daß der rechtliche Grund dafür später weggefallen ist — denn der Mietvertrag und die aus ihm fließenden Ansprüche sind nicht fortgefallen. Das Begehren auf Herausgabe der Bereicherung könnte also nur auf Nichteintritt des nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes bezweckten Erfolges gestützt werden. Wie

aber das RG. in ständiger Praxis (vgl. die im RGRKomm. 1934 § 812 Anm. 10 S. 559; Achilles-Greif, „BGB." 1937 § 12 Anm. 4c a. E. S. 325; Staudinger, 1929, § 812 I 4d S. 1689 angeführten Entscheidungen) sagt, gehört grundsätzlich hierher nicht der Fall, daß ein gültiger gegenseitiger Vertrag vom anderen Teile nicht erfüllt wird. Die Leistung erfolgt in solchem Falle zur Erfüllung einer bestehenden Verpflichtung, nicht bloß zu dem Zweck, damit der andere leiste. Dem Leistenden steht bloß der Anspruch auf Erfüllung, die etwaigen Rechte aus § 326 BGB. zu, aber — wenigstens grundsätzlich — nicht die Kondiktion. Zwar sprechen einzelne Urteile (RGZ. 66, 134; 132, 238 [242]) von der Möglichkeit, daß ein über die Gegenleistung hinausgehender Erfolg bezweckt sein kann. In der Regel ist aber für eine Kondiktion weder Raum noch Bedürfnis, wenn man nur den Begriff der Gegenleistung weit genug faßt und den Vertrag zutreffend auslegt (so RGRKomm. a. a. O.). Nun ist hier die Verpflichtung zur Ausführung der Schönheitsreparaturen, wie schon gesagt, zwar eine Hauptleistung, aber keine selbständige zu einem bestimmten Zweck gemachte Leistung: sie ist vielmehr — gleich dem bar vom Mieter zu entrichtenden Mietzinse und mit diesem zusammen, eine einheitliche Forderung und die einheitliche Gegenleistung für den vom Vermieter gewährten Gebrauch. Davon, daß dieser Teil des Mietentgeltes „verselbständigt" ist, daß weiterhin mit ihm ein über die Gegenleistung hinausgehender Erfolg bezweckt ist, kann keine Rede sein. Darum entfällt auch eine condictio ob causam datorum (causa data, causa non secuta). So hat auch das KG. den umgekehrten Fall entschieden: Es besteht kein Rückforderungsanspruch des Mieters auf Rückzahlung der 4% aus ungerechtfertigter Bereicherung, wenn der Vermieter keine Schönheitsausbesserungen vorgenommen hat (Deutsches Mietrecht 1929, 899 [875]).

Es ist auch durchaus nicht unbillig und widerspricht nicht dem gesunden Rechtsempfinden des Volkes, dem Vermieter diese Nachzahlungs-usw.-Ansprüche zu versagen, wenn die Ausführung der vom Mieter übernommenen, aber unterlassenen Schönheitsreparaturen sich erübrigt. Gegen Schaden ist der Vermieter durch seine Rechte aus § 251 BGB. geschützt. Die Übernahme der Instandhaltungspflicht ist ein Risikogeschäft. Zwar kann die Ausführung der Instandsetzungen nur im Rahmen der Billigkeit verlangt werden. Der Zustand der Räume bei Übernahme der Instandsetzungspflicht, die Dauer des Mietverhältnisses ist zu berücksichtigen, und es wäre unbillig (mangels anderer Abreden), z. B. den Mieter alsbald nach Verpflichtungsübernahme zur Ausführung aller längst nötigen Instandsetzungen zu zwingen (EA. 1927, 560). Er braucht sie nur im Rahmen eines angemessenen Wirtschaftsplanes zu erledigen (JW. 1934, 1370). Aber der Umfang der auszuführenden Arbeiten ist nicht auf den Betrag der 4% begrenzt, um den der Mieter diese Verpflichtung auf sich nimmt oder sie der Vermieter behält (JW. 1929, 3254; 1935, 1193; vgl. auch Krieg-Bandmann a. a. O. Anm. 3 S. 60). Es können also die Kosten für die Instandhaltung mehr oder weniger als die fraglichen 4% ausmachen — es kann sogar auch vorkommen, daß gar keine Instandhaltungskosten entstehen, z. B. außer den Fällen, die Gegenstand dieses Aufsatzes bilden, auch wenn wegen Kürze der Mietzeit, wegen besonders pfleglicher Behandlung der Mieträume Instandhaltungsarbeiten der beim Einzug des Mieters neu renovierten Wohnung nicht notwendig waren. Und schließlich: genau wie man dem Mieter einen Rückforderungsanspruch versagt, wenn der Vermieter keine Schönheitsausbesserungen vorgenommen hat (vgl. die oben schon erwähnte KG.-Entscheidung: DMietR. 1929, 899 [875], muß man dem Mieter den Vorteil lassen und darf von ihm keine Nachzahlung verlangen, wenn die Umstände es mit sich bringen, daß Schönheitsreparaturen sich erübrigen.

Die Unterhaltspflicht des schuldig geschiedenen Ehemannes nach dem Gesetz vom 8. Juli 1938

Von Rechtsanwalt Dr. Max Blunck, Hamburg

Der Aufsatz von RA. Dr. Messer: JW. 1938, 2793 gibt zu Bedenken Anlaß.

1. Ich teile die von Messer am Anfang und am Schluß seiner Ausführungen wiederholt betonte Auffassung, daß ein nationalsozialistisches Gesetz nur eine Auslegung im nationalsozialistischen Sinne vertrage. Diese Forderung aber ist nicht nur für nationalsozialistische, vielmehr für alle bestehenden Gesetze zu stellen. Zweifel, ob die bestehenden Gesetze solche Auslegung durch die Rechtswahrer des Dritten Reiches finden werden, erscheinen nicht berechtigt.

2. Der § 66 EheG. v. 8. Juli 1938 regelt die Unterhaltspflicht des im Fall der Scheidung allein oder überwiegend schuldigen Ehegatten.

Der § 66 a. a. O. ist nicht den §§ 1601 ff. BGB., welche die Unterhaltspflicht zwischen Verwandten regeln, sondern dem § 1578 BGB. vergleichend gegenüberzustellen.

Wenn, um mit Rilk — Kommentar zum neuen Eherecht Anm. II zu § 66 — zu sprechen, die neue Regelung auch fast wörtlich mit der bisherigen Regelung durch das BGB. übereinstimmt, so sind doch hinsichtlich des ersten Absatzes des § 66 EheG. bzw. des § 1578 BGB. sehr grundlegende und ebensosehr zu begrüßende Abweichungen festzustellen.

Daß nicht nur der allein, vielmehr auch der überwiegend schuldige Mann Unterhalt zu gewähren hat, entspricht der Aufnahme des Begriffs der überwiegenden Schuld in dem neuen EheG., insbesondere in § 60 a. a. O.

Daß auch die schuldlos geschiedene Ehefrau einen Anspruch auf Unterhaltszahlung nicht hat, soweit die Einkünfte aus ihrem Vermögen zur Bestreitung ihres Unterhalts ausreichen, entspricht der bisherigen Regelung. Auch in der Zukunft sind nur die Einkünfte aus dem Vermögen der Frau zu berücksichtigen, während der Umfang ihres Vermögens für die Frage der Unterhaltspflicht des Ehemannes bedeutungslos ist.

Die Einkünfte aus dem Vermögen müssen ausreichend sein, um den „nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten" angemessenen Unterhalt zu bestreiten, und in diesem Umfange hat der schuldige Mann grundsätzlich seiner Ehefrau Unterhalt zu gewähren. Nicht mehr auf den „standesmäßigen" Unterhalt stellt das Gesetz ab. Wir kennen heute keinen Stand und deshalb auch nicht mehr ein der Standeszugehörigkeit angemessenes Auftreten.

Der Unterhalt muß den „Lebensverhältnissen der Ehegatten" angemessen sein. Dieser Wortlaut enthält in erster Linie die Forderung, daß eine Ehefrau, die in Übereinstimmung mit ihrem sittlichen Empfinden und dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit gezwungen war, eine unhaltbare Ehe zur Auflösung zu bringen, nicht schlechter gestellt werden soll, als sie bei Fortsetzung der Ehe gestellt gewesen wäre.

Der Wortlaut des Gesetzes ist absichtlich weit gefaßt. Es wird bei der Frage nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten nicht unzulässig sein, auch die Verhältnisse der Ehefrau vor Eingehung der Ehe zu prüfen und die Beantwortung der Frage bei der Entscheidung zu berücksichtigen. Grundsätzlich aber sind unter den Lebensverhältnissen der Ehegatten die Lebensverhältnisse während der Ehe zu verstehen.

Bei der bisherigen gesetzlichen Regelung war die schuldlos geschiedene Frau durch die Unterhaltsregelung oft ernstlich benachteiligt.

Die neue Regelung gibt dem Ermessen des Richters einen weiten Spielraum und die Möglichkeit, Ungerechtigkeiten zum Nachteil des einen oder des anderen Ehegatten zu vermeiden.

Dasselbe gilt für die Bestimmung, daß der schuldige Ehemann dann Unterhalt nicht zu gewähren habe, wenn die Erträgnisse einer Erwerbstätigkeit, „die von der Ehefrau den Umständen nach erwartet werden kann“, ausreichen.

Der § 1578 stellte die Frage, ob „nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten gelebt haben“, Erwerb durch Arbeit der Frau „üblich“ sei.

Nach nationalsozialistischer Auffassung gibt es keine Standesgrenzen für die Verpflichtung, Arbeit zu leisten (so Rilk a. a. O. S. 262).

Von einer Ehefrau, die nach kurzer und kinderloser Ehe geschieden wird, wird in zahlreichen Fällen „den Umständen nach“ eine Erwerbstätigkeit erwartet werden können. Der Wortlaut des Gesetzes gibt dem Richter die Möglichkeit, in solchem Falle die Unterhaltspflicht des Ehemannes auch zeitlich, und zwar etwa für die Zeit, die die Ehefrau benötigt, um einen Beruf zu erlernen, zu beschränken. Auch eine Staffelung der Unterhaltszahlung für eine Reihe von Jahren wird möglich und nicht selten angebracht sein. Es entspricht dem gesunden Empfinden des deutschen Volkes, daß eine nach verhältnismäßig kurzer Ehe und in jungen Jahren geschiedene Ehefrau nicht berechtigt sein solle, die Kosten eines nutzlosen und nichtstuerischen Lebens aus den Unterhaltszahlungen des geschiedenen Ehemannes zu bestreiten.

Ebenso entspricht es aber gesundem Volksempfinden, bei der Frage nach den „Umständen“ auch den Grad der Verfehlungen des Ehemannes, die zu der Scheidung der Ehe geführt haben, in Berücksichtigung zu ziehen.

Dagegen vermag ich nicht die Auffassung zu teilen, daß „eine stolze selbstbewußte germanische Frau es als unter ihrer Würde ansehen werde, von dem Mann, von dem sie sich hat scheiden lassen, den sie also als unwürdig als Lebenskameraden angesprochen hat, noch Geld zu nehmen“ (vgl. Messer a. a. O.).

Messer stellt an anderer Stelle die Forderung auf, daß die Frau durch die Scheidung wirtschaftlich keinerlei Schaden leiden solle. Der letztere Grundsatz, und nur er, verdient Zustimmung.

Wäre eine Frau, die selbst völlig unbemittelt und aus gesundheitlichen Gründen oder wegen der Pflichten gegenüber ihren Kindern oder wegen hohen Alters außerstande ist, einen Beruf zu ergreifen, würdelos, wenn sie von ihrem mit schwerster Schuld belasteten geschiedenen Ehemann Unterhaltszahlungen entgegennehmen würde, so müßten es auch die Kinder sein, die von solchem Vater sich unterhalten lassen. Und wäre nicht derselbe Vorwurf zu machen auch dem, der von einem Verbrecher Ersatz des Schadens fordert, den ihm dieser Verbrecher in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise zufügte?

Der Grundsatz ist und bleibt, daß der schuldige — wohlgemerkt, der schuldige — Mann der geschiedenen Ehefrau Unterhalt zu gewähren habe und daß es ihm keineswegs gestattet sein kann, nachdem er die eine Frau unglücklich gemacht hat, triumphierend und ledig aller Pflicht eine zweite und dritte Frau in gleicher Weise ins Unglück zu stürzen, welches Ergebnis mir wahrscheinlicher erscheint als, wie Messer meint, die „Betätigung seiner Kräfte zum Besten der Volksgemeinschaft“.

Es wird immer, und insofern stimme ich wieder mit Messer völlig überein, auf die besonderen Umstände des dem Richter zur Entscheidung vorliegenden Falles und damit auf den Richter ankommen.

Und das ist ja gerade das Wertvolle an der Gesetzgebung und an der Gesetzesauslegung des Dritten Reiches: Nicht Paragraphen in ihren starren Formen und kalten Buchstaben entscheiden, sondern das gesunde Empfinden des Volkes und das berechtigte Interesse der Allgemeinheit, womit diese Paragraphen durch die Auslegung, die sie durch den Richter finden, in Übereinstimmung zu bringen sind!

Inwieweit berührt die Verpflichtung zur Rückgabe von Käuferwechsel beim Abzahlungsgeschäft den Herausgabeantrag?

Von Amtsgerichtsrat Dr. Féaux de la Croix, Berlin

Bei Abzahlungskäufen werden dem Verkäufer von dem Käufer vielfach Wechsel über die einzelnen Raten übergeben, die an den verschiedenen Ratenterminen fällig werden. Es heißt in solchen Fällen meist im Vertrage, daß die Wechsel nicht an Zahlungs Statt gegeben seien, sondern nur als Sicherheit für den prompten Eingang der vereinbarten Ratenzahlungen und zur Vereinfachung des Inkassos dienen sollen.

Über die Gültigkeit einer derartigen Vereinbarung können rechtliche Zweifel nicht bestehen. Das RG. hat zwar in seiner bekannten Entscheidung v. 22. April 1932 (JW. 1932, 2708) im Hinblick auf § 4 Abs. 2 AbzG. eine Vereinbarung für ungültig erklärt, nach der bei einem Ratengeschäft schon bei Nichteinhaltung eines Zahlungstermins der gesamte Kaufpreisrest fällig werden und der jeweils über den vollen Restbetrag begebene Wechsel zur Vorzeigung kommen sollte. Es kann jedoch keinesfalls angenommen werden, daß das RG. etwa schlechthin die Verwendung von Wechseln im Abzahlungsverkehr ausschließen wolle. Ob hieran de lege ferenda festgehalten werden soll, mag zweifelhaft sein. Wer sich des öfteren praktisch mit dem Problem der Abzahlungsgeschäfte zu beschäftigen hat, wird wissen, zu welch unerfreulichen Ergebnissen vielfach die Hingabe von Wechseln durch wirtschaftlich schwache Abzahlungskäufer — namentlich im Zusammenhang mit Mängelrügen — führt. Die Frage der zukünftigen Regelung dieses Punktes soll indessen hier nicht weiter vertieft werden. Für das geltende Recht ist davon auszugehen, daß die Begebung von Wechseln für die einzelnen Raten, deren Verfallzeiten mit den verschiedenen Fälligkeitsterminen übereinstimmt, grundsätzlich den Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes nicht widerspricht.

Bei einem solchen „Wechsel-Abzahlungskauf“ kann nun der Fall eintreten, daß nach Einlösung mehrerer Wechsel weitere Stücke zu Protest gehen und daß der Verkäufer nunmehr vom Vertrage zurücktritt. Nach § 1 AbzG. sind alsdann beide Teile verpflichtet, sich gegenseitig die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Dem Verkäufer stehen außerdem die besonderen Entschädigungsforderungen des § 2 AbzG. (Vertragsaufwendungen, Beschädigungsersatz, Gebrauchsvergütung, Wertminderung) zu. Die danach vorhandenen wechselseitigen Verpflichtungen sind nach § 3 AbzG. Zug um Zug zu erfüllen. Prozessual bedeutet dies nach der herrschenden Auffassung, daß eine Herausgabeklage des Verkäufers nicht schlüssig wäre, wenn er in den Klageantrag seine Zug um Zug zu erfüllenden Verpflichtungen nicht mit aufnimmt. Wie wirken sich nun diese Vorschriften auf den erwähnten „Wechsel-Abzahlungskauf“ aus?

Es wird teilweise angenommen, daß die Wechsel bei der Frage der Zurückgewährung der empfangenen Leistungen überhaupt nicht zu berücksichtigen seien. Unter den „Leistungen“ im Sinne des § 1 AbzG. seien — so wird hierbei argumentiert — von der Käuferseite her nur die Barzahlungen zu verstehen. Wenn also diese Barzahlungen noch nicht die Höhe der berechtigten Entschädigungsforderungen des Verkäufers (§ 2 AbzG.) erreicht haben, kann der zurückgetretene Verkäufer auf Herausgabe klagen, ohne etwa seinen Antrag von der Zug-um-Zug-Rückgabe der noch ausstehenden Wechsel

abhängig zu machen. Ja dieser reine Herausgabeantrag müßte bei Zugrundelegung der dargelegten Auffassung selbst dann als schlüssig angesehen werden, wenn der Betrag der eingelösten Wechsel die Entschädigungsforderung gerade decken würde. Und weiter wäre zu folgern: Wenn der Einlösungsbetrag die Forderung des Verkäufers aus § 2 AbzG. übersteigt, braucht dieser in seinen Herausgabeantrag gleichwohl nur die Zug-um-Zug-Rückgabe des überschüssigen Barbetrags — also nicht die der noch fälligen Wechsel — aufzunehmen. Will der Käufer die Wechsel heraushaben, so muß er klagen.

Ich halte die eben aufgezeigten Ergebnisse für untragbar. Sie widersprechen meinem Gefühl nach aufs schärfste dem Sinn und der sozialen Tendenz des AbzG.: Schutz des wirtschaftlich schwachen Ratenkäufers! Dieser Gedanke muß m. E. die Auslegung aller Streitfragen in erster Linie beherrschen. Was will § 1 AbzG., wenn er die gegenseitige Rückgewährspflicht festlegt? Die Rechtsbeziehungen der Parteien aus dem Abzahlungsgeschäft sollen getrennt, der gesamte Vorgang gewissermaßen rückgängig gemacht werden. Um dies zu erreichen, muß man aber alles erfassen, was der Käufer geleistet hat. Auch Wechsel hat der Käufer auf Grund des Abzahlungskaufvertrages hingegeben, auch sie sind „Leistungen" — vielleicht „Nebenleistungen" — des Käufers. Es ist durch nichts gerechtfertigt, den Begriff der Leistungen des Käufers auf Barzahlungen zu beschränken.

Was ergibt sich hieraus für die Rückgabepflicht von Wechseln beim „Wechsel-Abzahlungskauf"? Sind etwa — abgesehen von eventuellen Barbeträgen — ohne weiteres alle noch fällig werdenden Wechsel herauszugeben, und zwar selbst dann, wenn der Betrag der bisher eingelösten Wechsel den Entschädigungsanspruch des Verkäufers aus § 2 AbzG. nicht deckt? Das OLG. Hamm hat im Jahre 1934 in anderem Zusammenhang eine Entscheidung getroffen, die für die gestellte Frage unmittelbare Bedeutung hat (JW. 1934, 1865). Dort handelte es sich darum, ob eine zur Sicherung des Restkaufpreises bestellte Hypothek für Ansprüche haftet, die sich aus § 2 AbzG. ergeben. Das OLG. hat dies verneint, da eben die Hypothek nur „Kaufpreisforderungen", nicht aber gesetzliche Ansprüche decken solle. Stellt man sich auf den Boden der Rechtsauffassung, die diesem Urteil zugrunde liegt, so könnte gefolgert werden, daß die beim Abzahlungskauf begebenen Wechsel nur zur Sicherung und zum erleichterten Inkasso der einzelnen Raten bestimmt seien und daß sie nicht zur Beitreibung der Entschädigungsforderung verwendet werden dürfen. Sie wären also in jedem Falle herauszugeben. Ich würde diese Meinung nicht für richtig halten. Wie schon RA. Scholz (Berlin) in seiner Bemerkung zu dem erwähnten oberlandesgerichtlichen Urteil zutreffend ausgeführt hat, erscheint es unberechtigt, die beim Abzahlungskauf gegebene Sicherung — hier die Wechsel — in rein buchstabenmäßiger Auslegung auf „Kaufpreis"-Forderungen zu beschränken. Die Parteien wollen — vorbehaltlich besonderer ausdrücklicher Abmachungen — die Sicherung auch für die Entschädigungsforderung gelten lassen. Ich würde daher annehmen, daß der zurückgetretene Abzahlungsverkäufer so viel Wechsel zurückbehalten kann, als seiner berechtigten Forderung aus § 2 AbzG. entspricht. Alle weiteren Wechsel müssen jedoch dem Abzahlungskäufer zurückgegeben werden. Ein Herausgabeantrag, der diese Zug um Zug zu erfüllende Rückgabepflicht nicht berücksichtigt, ist nicht schlüssig und muß — auch bei Prozeßsäumnis des Käufers — abgewiesen werden.

Die vorstehend erörterte Lösung scheint mir auch den beiderseitigen Interessen der Kaufvertragsparteien am besten gerecht zu werden. Der Verkäufer erhält die Sicherung, die ihm im Hinblick auf seine Entschädigungsforderung gebührt. Der Käufer wird von der Gefahr befreit, über die berechtigten Forderungen des Verkäufers hinaus von anderen Wechselinhabern in Anspruch genommen zu werden.

So schön und glatt, wie dies hier auf dem Papier erscheint, wird sich allerdings die Frage in der Praxis nicht immer lösen lassen. Wie z. B. wenn die Summe des Entschädigungsanspruchs nicht ohne weiteres in einzelne Wechselposten aufgeht? Wie wenn der Verkäufer die Wechsel schon seinerseits weitergegeben hat? Wie wenn die Sicherung oder Nebenleistung — gedacht ist hier an andere Gegenstände oder Rechtsverhältnisse als Wechsel — unteilbar ist? Ich glaube, der Richter kann hier von Fall zu Fall einen billigen Ausgleich (Hinterlegung zur Sicherheit durch den Verkäufer u. ä.) schaffen. Grundsatz muß dabei sein, den Käufer soweit dies irgend geht vor der Inanspruchnahme aus solchen Rechten zu schützen, denen er Einwendungen aus dem Abzahlungsgeschäft nicht entgegenhalten könnte. Daß hierbei auch die Interessen der Verkäufer schon mit Rücksicht auf die gesamte wirtschaftliche Bedeutung des Kaufs auf Kredit beachtet werden müssen, ist selbstverständlich.

Die Haftung der Gründergesellschaft

Von Senatspräsident am Preuß. Oberverwaltungsgericht a. D. Dr. Franz Scholz, Berlin

I. Der Fragenbereich

Unter Gründergesellschaften versteht man Vereinigungen von Personen mit dem Zweck, eine juristische Person des Handels- und Wirtschaftsrechts ins Leben zu rufen, z. B. eine Aktiengesellschaft, eine GmbH. oder eine eingetr. Genossenschaft (e. Genoss.). Nur von diesen drei Formen juristischer Personen wird nachstehend gesprochen. Übereinstimmend heißt es im Gesetz, daß vor der Eintragung in das Handels- (Genossenschafts-) Register die Aktiengesellschaft, GmbH., e. Genoss. als solche nicht besteht[1]) (besser: die Aktiengesellschaft usw. entsteht mit der Eintragung). Über die Haftung der Gründergesellschaft für von ihr getätigte Rechtsgeschäfte sagt das GenG. kein Wort. Dagegen heißt es anschließend in § 34 Abs. 1 Satz 2 AktG.: Wird vor der Eintragung der Gesellschaft in ihrem Namen gehandelt, so haftet der Handelnde persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner. Dasselbe galt, mit fast gleichem Wortlaut, nach § 200 Abs. 1 Satz 2 HGB. und gilt auch nach § 11 Abs. 2 GmbHG.

An diese knappe gesetzliche Regelung hat sich eine ungewöhnliche Fülle von Streitfragen geschlossen, die für die Aktiengesellschaft durch die neuen Abs. 2, 3 des § 34 AktG. nur zum Teil geklärt sind. Hierüber das Folgende:

II. Die Gründergesellschaft

Hier ist die Zeit vor Abschluß des „Gesellschaftsvertrags" (Gründungsstatuts) und die Zeit nachher bis zur Eintragung zu unterscheiden. Im ersten Zeitabschnitt besteht, soweit es überhaupt schon zu vertraglicher Bindung unter den Beteiligten gekommen ist, unstreitig eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB.), deren Zweck die Abfassung des Gründungsstatuts und darüber hinaus die Schaffung der juristischen Person ist. Für den zweiten Zeitabschnitt ist streitig, ob auch hier eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft oder ob ein nichtrechtsfähiger Verein vorliegt. Das erstere entspricht der allgemeinen Meinung für Aktiengesellschaft und GmbH.[2]); das zweite wird für die e. Genoss. angenommen[3]). Es kann aber für die drei Formen

[1]) § 200 Abs. 1 Satz 1 HGB. = § 34 Abs. 1 Satz 1 AktG.; § 11 Abs. 1 GmbHG.; § 13 GenG.

[2]) Vgl. z. B. RGZ. 58, 55; 83, 373 = JW. 1914, 307; RGZ. 105, 229 = JW. 1923, 120; RGZ. 122, 172 = JW. 1929, 648[11]; RGZ. 151, 276. Vgl. Scholz, „GmbHG." S. 149 f.

[3]) E. H. Meyer, „GenG.", 1934, § 13 Anm. 1 b.

juristischer Personen hier nicht Verschiedenes gelten. Für einen Verein spricht zwar die durch das Gründungsstatut bereits geschaffene „korporative" Verfassung; es fehlt aber eine dauernde Verbindung, ein Vereinsname und die Zulässigkeit jederzeitigen Wegfalls im Mitgliederbestande[4]). Die Gründer bilden eben nur eine Gelegenheitsgesellschaft. Die Streitfrage hat insofern geringe Bedeutung, als auch für den nichtrechtsfähigen Verein (§ 54 Satz 1 BGB.) die §§ 705 ff. BGB. Anwendung finden. Nimmt man aber einen Verein an[5]), so gilt auch § 54 Satz 2: Aus Rechtsgeschäften, die im Namen des Vereins vorgenommen werden, haftet der Handelnde persönlich; handeln mehrere, so sind sie Gesamtschuldner. Damit würde die im GenG. fehlende Haftungsvorschrift (oben I Abs. 1) ergänzt werden, aber nur für Handeln im Namen des (nichtrechtsfähigen) Vereins, nicht im Namen der zukünftigen e. Genoss.

III. Die „Handelnden" haften persönlich

1. Die e. Genoss. Wenn vor Eintragung der Aktiengesellschaft oder GmbH. „in ihrem Namen" gehandelt ist, so haftet der Handelnde persönlich; mehrere sind Gesamtschuldner (oben I Abs. 1). Die für die e. Genoss. fehlende entsprechende Vorschrift als stillschweigend vorhanden anzunehmen, ist, soviel ich sehe, bisher nicht versucht worden und kann auch nach heutiger Rechtsauffassung nicht in das Gesetz hineingelegt werden. Dagegen hat man hier die Gründergesellschaft, doch erst von Feststellung des Gründungsstatuts an, als nichtrechtsfähigen Verein behandelt und in § 54 Satz 2 BGB. eine entsprechende Regelung gefunden (oben II a. E.). Die zweifelhafte Rechtslage bei der e. Genoss. ist m. E. folgende:

a) Im Zeitraum vor Abfassung des Gründungsstatuts besteht, worüber Einigkeit herrscht, kein Verein, sondern eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft. Rechtshandlungen aus dieser Zeit sind nach §§ 705 ff. BGB. zu beurteilen. § 54 Satz 2 BGB. ist daher unanwendbar. Es fehlt an einer Sondervorschrift, daß der Handelnde persönlich hafte, eine Vorschrift, die für Aktiengesellschaft und GmbH. durch die Rechtsprechung auch auf diesen Zeitraum ausgedehnt ist (unten 2d).

b) Für den Zeitraum nach Abfassung des Gründungsstatuts einen nichtrechtsfähigen Verein anzunehmen, geht m. E. nicht an, wenn für den gleichen Zeitraum bei Aktiengesellschaft und GmbH. eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft angenommen wird. § 54 Satz 2 BGB. ist daher auch hier unanwendbar. Diese Haftungsnorm würde auch nur eingreifen, wenn im Namen des Vereins (also der Gründergesellschaft, falls man sie als Verein auffaßt), nicht wenn im Namen der e. Genoss. gehandelt wird. Es verbleibt daher auch hier bei Anwendung der §§ 705 ff. BGB.

c) Handelt jemand (Vorstandsmitglied, Geschäftsführer) in den Zeiträumen a und b „im Namen" der e. Genoss., so handelt er vollmachtlos (soweit es sich nicht um Geschäfte handelt, die zur Eintragung der Genossenschaft, d. h. zu ihrem Entstehen als juristische Person, erforderlich sind; unten V 1). Er haftet also als Selbstschuldner persönlich nach § 179 BGB., also dann nicht, wenn der Vertragsgenosse wußte oder wissen mußte, daß die e. Genoss. als solche nicht besteht (insoweit anders als bei Aktiengesellschaft und GmbH.; unten 2a). Aber ein vollmachtloses Handeln kommt doch bei gutgläubigem Verhalten kaum vor: Der Vertrag wird fast immer dahin auszulegen sein, daß namens der Gründer gehandelt wird, oder namens der e. Genoss. für den Fall und unter der Bedingung, daß sie entsteht und in den Vertrag eintritt (unten 2e, bb, cc, dd).

2. Die für **Aktiengesellschaft und GmbH.** geltende besondere Haftungsnorm (oben I Abs. 1).

a) Diese Sondernorm, die schon im ADHGB. sich fand und von dort in das GmbHG. und HGB., jetzt § 34 AktG., übernommen wurde, ist schon in § 179 BGB. enthalten, doch nicht ganz. Denn der Handelnde soll nach der herrschenden Meinung unbedingt haften, also auch dann, wenn dem anderen Vertragsgenossen bekannt war, daß die Aktiengesellschaft oder GmbH. noch nicht eingetragen war (anders § 179 Abs. 3)[6]). Man wollte hier, wo für eine noch nicht bestehende juristische Person gehandelt wird, für alle Fälle einen Schuldner schaffen (s. aber unten e, bb).

b) Haftung bedeutet nicht Haftung für Schadensersatz, sondern für Erfüllung. Es handelt sich um Selbstschuldnerschaft. Handelnde sind die handelnden Gründer oder deren Geschäftsführer. Bloße Hilfskräfte trifft die Haftung nicht. Wegen Haftung der nichthandelnden Gründer s. unten IV 2.

c) Betrifft die Haftungsnorm nur den Fall, daß für die juristische Person, als wäre sie schon bestehend, gehandelt wird? Dann ist sie auf seltene Fälle, auf unlauteres Verhalten beschränkt. In der Tat hat man ihr Strafcharakter beimessen wollen[7]). Aber wenn die Haftung auch dann gilt, wenn der Vertragsgenosse das Nichtbestehen der juristischen Person kennt (oben a), so ist damit entschieden, daß es auf Vorspiegelung nicht ankommt, daß die Haftung auch dann eingreift, wenn erkennbar für die werdende, zukünftige juristische Person gehandelt wird. So heute wohl die allgemeine Meinung. Trotzdem ist die Haftungsnorm ohne Anerkennung eines Strafcharakters nicht zu verstehen (unten 2e, bb, cc, dd; IV 2 a. E.).

d) Muß für eine bestimmt bezeichnete, zukünftige juristische Person („in ihrem Namen") gehandelt sein, um die Haftungsnorm auszulösen, oder genügt Handeln für eine (nicht näher bezeichnete) Rechtsperson? Das Schrifttum nahm meist das erstere an; denn man bezog die Haftungsvorschrift auf ein Handeln nach Abfassung des Gründungsstatuts, das ja die Firma der gegründeten Rechtsperson enthalten muß[8]). Aber eine Gründergesellschaft bürgerlichen Rechts konnte schon vorher bestehen (oben II), und wenn hier im Namen einer zu gründenden juristischen Person gehandelt wird, deren Grundlagen noch nicht im Gründungsstatut festgelegt sind, so trifft der Grundgedanke der Haftungsvorschrift, für alle Fälle einen Schuldner zu schaffen (oben a), erst recht zu. Daher hat das RG. erstmalig in RGZ. 122, 172 = JW. 1929, 648[11] ausgesprochen, ein Gründungsstatut sei nicht Voraussetzung; die zu gründende Gesellschaft müsse „wenigstens im Keim schon vorhanden" sein[9]). So sehr diese Erweiterung zu begrüßen ist, so sehe ich doch nicht ein, warum „ein Keim" erfordert wird. Vorher werden allerdings Handlungsfälle sehr selten sein. Aber es bedarf nicht der Einführung unsicherer Begriffe. Wann immer für eine zu schaffende Aktiengesellschaft usw. gehandelt wird — das ist der Grundgedanke — soll die Haftung eintreten.

e) Unanwendbar ist die Haftungsnorm in folgenden Fällen:

aa) Handelt ein Gründer oder Geschäftsführer der Gründergesellschaft im eigenen Namen, so haftet er zwar ebenfalls persönlich, aber nach allgemeinen Grundsätzen. Dasselbe gilt, wenn der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervortritt (§ 164 Abs. 2 BGB.).

bb) Wird im Namen der zukünftigen juristischen Person gehandelt, aber unter der Bedingung ihres Entstehens, g. F. auch ihrer Genehmigung oder ihres Eintritts in den Vertrag, so wird der Vertrag mit dem Entstehen (g. F. Genehmigung, Eintritt) wirksam,

---

[4]) Grundlegend über den Unterschied zwischen bürgerlich-rechtlicher Gesellschaft und nichtrechtsfähigem Verein: RGZ. 60, 97 ff.; auch RG.: SeuffArch. 62, 129.

[5]) Der nichtrechtsfähige Verein ist passiv prozeßfähig (§ 50 Abs. 2 ZPO.), die bürgerliche Gesellschaft nicht.

[6]) RGZ. 47, 1; 55, 304; 70, 301 = JW. 1909, 231; RGZ. 72, 403 = JW. 1910, 246 und das Schrifttum.

[7]) So RGZ. 55, 304 und früher herrschend gewesene Kommentare; a. M.: Schlegelberger-Quassowski, „AktG." § 34 Anm. 6.

[8]) Anders früher wohl nur Brodmann, „GmbHG." § 11 Anm. 3. Jetzt auch Schlegelberger-Quassowski a. a. O. § 34 Anm. 6; Ritter, „AktG.", 1938, § 34 Anm. 4c.

[9]) Wiederholt im Urt. v. 19. April 1929: RundschGmbH. 1929, 664 und in RGZ. 151, 91 = JW. 1936, 2628[3] m. Anm.; OLG. Breslau, Urt. v. 4. Nov. 1931: „GmbHRechtspr. seit 1924", § 11 Rspr. Nr. 20; Schlegelberger-Quassowski a. a. O.; Ritter, „AktG." § 34 Anm. 4c.

und zwar unmittelbar für und gegen die juristische Person. Der Handelnde haftet nicht. Insoweit geht der Wortlaut der Haftungsnorm zu weit[10]). Aber wird nicht dann, wenn ausdrücklich oder in erkennbarer Weise für eine zukünftige Aktiengesellschaft usw. ein Vertrag geschlossen wird, eine solche Bedingung als stillschweigend vereinbart gelten müssen? Dies liegt doch wohl immer dann vor, wenn der Vertragsgenosse weiß, daß die juristische Person noch nicht besteht! Es liegt daher der Gedanke nahe, daß jene Haftungsnorm tatsächlich Straffunktion hat (oben c), d. h. ein Verschweigen des Nichtbestehens der juristischen Person voraussetzt.

cc) Wird im Namen der Gründergesellschaft gehandelt, so haftet diese, nicht der Handelnde (Geschäftsführer), falls dieser Vollmacht hatte und nicht Mitgründer war. Handelte er ohne Vertretungsmacht, so entscheiden die §§ 177 ff. BGB. Auch hier, wie oben bb, bestehen Auslegungsschwierigkeiten, wenn das Nichtbestehen der juristischen Person dem Vertragsgenossen bekannt war. Denn ein Handeln für eine zukünftige Aktiengesellschaft usw. braucht nicht ein solches in ihrem Namen zu sein. Die Umstände können ergeben, daß man im eigenen Namen oder in Vertretung der Gründer handelt oder im Namen der zukünftigen Rechtsperson unter der oben bb) angedeuteten Bedingung. Etwas anderes als diese drei Fälle ist bei redlichem Rechtsverkehr schwer vorstellbar. Auch dies spricht für Straffunktion der Haftungsnorm. Sie ist aber überhaupt entbehrlich; kommt doch das Recht der e. Genoss. ohne sie aus. Wer unredlich handelt, haftet ohnehin. Die Haftungsnorm ist daher ein Fremdkörper im Rechte der Aktiengesellschaft und GmbH.

dd) Die Haftung gilt schließlich für solche Rechtsgeschäfte nicht, die für die zukünftige juristische Person erforderlich sind und aus denen diese mit ihrem Entstehen unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird. Was hierzu gehört, ist wiederum streitig. In RGZ. 105, 229 = JW. 1923, 120 wird hier von statutarischer Befugnis zum Handeln für die zukünftige juristische Person (den nasciturus) gesprochen. Auch dies deutet darauf hin, daß die Haftungsnorm Straffunktion hat. Näheres unten V 1.

IV. Haftung der Gründergesellschaft

1. Handeln namens der Gründer. Auszugehen ist davon, daß die Gründer einer Aktiengesellschaft, GmbH. und e. Genoss. vor wie nach Abfassung des Gründungsstatuts eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft bilden (oben II, III 1). Nach den hiernach maßgebenden §§ 705 ff. BGB. haftet der namens dieser Gesellschaft Handelnde als solcher nicht persönlich. Vielmehr haften die Gesellschafter, der Handelnde also nur dann, wenn er seinerseits Gesellschafter ist oder wenn er im eigenen Namen oder als vollmachtloser Vertreter gehandelt hat (§§ 164, 179 BGB.).

Nach diesen Regeln richten sich die allermeisten Rechtsgeschäfte, die im Gründungszeitraum abgeschlossen werden. Denn daß man im Namen einer nicht bestehenden Rechtsperson handelt (oben III), soweit nicht notwendige Vorgeschäfte in Frage kommen (oben III 2 e, dd), ist bei lauterem Verhalten selten. So sagt eine jüngste Entscheidung des RG.[11]): „Nach der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags treffen die Wirkungen rechtserheblichen Handelns der Beteiligten zunächst nur die Gründergesellschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die sie darstellt ... (vgl. RGZ. 83, 370 = JW. 1914, 307; RGZ. 105, 228 = JW. 1923, 120; JW. 1905, 31)." Wie aber haftet die Gründergesellschaft? Die §§ 705 ff. BGB. sagen über die Haftung der Gesellschaft nichts. Grundsätzlich müssen alle gemeinsam handeln. Nach dem Gesellschaftsvertrag kann die Geschäftsführung — und im Zweifel damit auch die Vertretung nach außen (§ 714) — einem oder einzelnen Gesellschaftern zustehen. Auch Nichtgesellschafter können bevollmächtigt werden. Soweit die Vertretungsmacht reicht, werden alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet, und zwar haften sie, trotz des § 718 (Gesellschaftsvermögen, wozu auch die Gesellschaftsschulden gehören), im Zweifel als Gesamtschuldner (§ 427) und — wiederum im Zweifel — jeder mit dem gesamten Vermögen. Da es an einem gesetzlichen Umfang der Vertretungsmacht fehlt (anders § 126 HGB.), so kommt alles auf den Einzelfall an, d. h. darauf, welcher Verpflichtungswille nach außen in Erscheinung getreten ist. Der Handelnde kann im eigenen Namen auftreten oder doch ohne Erkennbarmachung des Vertretenen; dann haftet der Handelnde allein (oben III e, aa). Oder man handelt für die zukünftige juristische Person unter der Bedingung ihres Bestehens und ihres Eintritts in den Vertrag (oben III e, bb); dann kommt g. F. der Vertrag zwischen dieser und dem Dritten zustande. Handelt man namens der Gründer, so kann es so liegen, daß diese nur mit dem Gesellschaftsvermögen haftbar gemacht werden können, wenn nämlich der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht und der Dritte diese Beschränkung kannte[12]). Auch kann der Wille der Parteien dahin gehen, diejenigen Rechtswirkungen eintreten zu lassen, die eingetreten sein würden, wenn der Vertrag mit der eingetragenen GmbH. usw. geschlossen wäre[13]).

2. Handeln namens der Aktiengesellschaft oder GmbH. Neben die persönliche und gesamtschuldnerische Haftung der Handelnden (oben III) tritt nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung eine persönliche und gesamtschuldnerische Haftung der Gründer. Diese schon auf die Nürnberger Protokolle zum ADHGB. zurückgehende Erweiterung beruht auf dem Gedanken, daß, wer im Gründungszeitraum für die zukünftige Aktiengesellschaft oder GmbH. handelt, zugleich die Gründer verpflichtet, mit deren Wissen und Willen er handelte und die als die „Triebfeder" des Handelns erscheinen. Es haften also nicht diejenigen Gründer, die erst nachträglich von der Sache erfuhren, mögen sie auch nachträglich das Handeln genehmigt haben[14]). Daraus folgt, daß, wenn der Handelnde eigenmächtig verfuhr, er allein haftet.

Wenn aber die Auftraggeber haften, wie ist es dann möglich, daß ihr Geschäftsführer (falls er nicht Mitgründer ist) ebenfalls persönlich haftet? Diese persönliche Haftung des im Namen der Aktiengesellschaft oder GmbH. Handelnden ist gerade das besonders Vorgeschriebene (oben I Abs. 1). Man kann nicht so vorgehen, daß man sagt: auch die Auftraggeber gehören zu den Handelnden. Denn nach außen — hierauf kommt es an — kann der Geschäftsführer nur entweder im eigenen Namen handeln (dann haftet er nach den Grundsätzen des BGB.) oder namens der Gründer (Auftraggeber; dann haften diese, doch der Geschäftsführer regelmäßig nicht; oben 1 Abs. 1), oder aber namens der Aktiengesellschaft oder GmbH. (dann haftet der Geschäftsführer nach der Sondernorm). Läßt man aber im letzteren Fall außerdem die Auftraggeber handeln, so kann das doch nur unter dem Gesichtspunkt der Vollmacht geschehen (denn weshalb sollten sie sonst haften?). Dann erweist sich aber wiederum, daß die Sondernorm der Haftung des handelnden Vertreters Straffunktion hat.

3. Handeln namens der e. Genoss. Hierüber oben III 1.

V. Wegfall der Gründerhaftung und Eintritt der juristischen Person

1. Die zum Entstehen der juristischen Person notwendigen Geschäfte. Das Gesetz erkennt an, daß im Gründungszeitraum, hier allerdings erst nach Abfassung des Gründungsstatuts, für die zu gründende Aktiengesellschaft, GmbH., e. Genoss. Rechte und Pflichten begründet werden können, die dann beim Entstehen der Aktiengesellschaft usw. auf diese übergehen. Dies sind solche Geschäfte, die, wie das RG. sagt, „mit dem Zwecke der Gesellschaftserrichtung, die GmbH. zur Entstehung zu bringen, in Verbindung stehen und zur

[10]) Ebenso Ritter a. a. O. § 34 Anm. 4 b.

[11]) RGZ. 151, 91 = JW. 1936, 2628³ m. Anm.

[12]) RGZ. 63, 65.

[13]) RGZ. 39, 29, 30 (für Genossenschaftsgründer).

[14]) Vgl. z. B. RGZ. 55, 302, 304; 70, 296, 301 = JW. 1909, 231; Scholz, „GmbHG." § 11 Anm. II 6.

Erreichung dieses Zweckes notwendig sind"[15]). Man denke an die gesetzlichen oder statutarischen Einzahlungen auf die Aktien und Geschäftsanteile, die statutarisch vorgesehenen Sacheinlagen und Sachübernahmen, den Gründungsaufwand (Steuern, Notargebühren usw.), die Bestellung von Vorstandsmitgliedern (Geschäftsführers der GmbH.) und Aufsichtsratsmitgliedern[16]), Miete der Geschäftsräume, Annahme des Personals usw. Das Gesetz will, daß mindestens einige dieser Geschäfte vor Eintragung der Aktiengesellschaft usw. mit unmittelbarer Wirkung für diese Gesellschaft getätigt werden. Ob auch die Sacheinlagen vor Eintragung zur Verfügung gestellt sein müssen, ist streitig; die Frage wird für die GmbH. bejaht[17]). Der im Schrifttum als dunkel bezeichnete Satz[18]) in § 34 Abs. 3 AktG.: „Verpflichtungen aus Vereinbarungen über Sacheinlagen und Sachübernahmen können nicht übernommen werden", d. h. von der eingetragenen Aktiengesellschaft, hat die Frage nicht entschieden, ist aber im übrigen nicht dunkel. Ich verstehe den Satz, über den die Begründung 1937 schweigt, so: Die Verpflichtungen über Sacheinlagen usw. können nicht „übernommen" werden, d. h. rechtsgeschäftlich durch die eingetragene Aktiengesellschaft, weil, wenn die nach § 20 Abs. 1 nötigen Festsetzungen im Gründungsstatut getroffen sind, die Verpflichtung daraus ohne weiteres auf die Aktiengesellschaft, d. h. ohne „Übernahme", übergeht, während, wenn die Verpflichtung unwirksam ist (§ 20 Abs. 2), sie unwirksam bleibt, d. h. auch rechtsgeschäftlich von der Aktiengesellschaft nicht „übernommen" werden kann.

Streitig ist ferner, ob die erforderlichen Geschäfte solche sind, die nur nach Gesetz oder auch nach Statut oder auch nach der Verkehrsauffassung erforderlich sind; ob hier die Handelnden überhaupt haften, d. h. Selbstschuldner werden, und ob, bejahendenfalls, die Haftung mit Eintragung der Gesellschaft erlischt. Auf Einzelheiten einzugehen, fehlt hier der Raum. Nur soviel: Nach der herrschenden Meinung ist die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, die nach Abfassung des Gründungsstatuts Gestalt gewonnen hat, und die später eingetragene Gesellschaft die nämliche, nur in der Rechtsform verschieden (sog. Identitätstheorie). Daher wird ein unmittelbarer Übergang von Rechten und Pflichten auf die eingetragene Gesellschaft als möglich angesehen. Anderseits erschöpft sich der Zweck der Gründergesellschaft darin, die juristische Person zur Entstehung zu bringen. Die hierzu erforderlichen Rechtshandlungen muß nach dem Willen des Gesetzes der Geschäftsführer mit unmittelbarer Wirkung für und gegen die eingetragene Gesellschaft vornehmen können. Es kann unmöglich vom Gesetze gewollt sein, daß auch insoweit der Geschäftsführer Selbstschuldner, also nach der oben I Abs. 1 mitgeteilten Haftungsnorm persönlich Haftender sei. Zwar ist er den Gesellschaftern wegen Pflichtverletzung verantwortlich; aber bei ordnungsmäßigem und notwendigem Handeln ihn zum Selbstschuldner machen, hieße die Pflichterfüllung bestrafen. Ich nehme daher an, daß im Rahmen dieser notwendigen Geschäfte der Handelnde als solcher überhaupt nicht „haftet" (d. h. nicht Erfüllungsschuldner ist)[19]). Er handelt für die Gründergesellschaft, um das Gründungsstatut, soweit vor Eintragung der Gesellschaft nötig, zu erfüllen. Mit der Eintragung gehen Rechte und Pflichten ohne weiteres auf die entstandene juristische Person über. Die Haftung der Gründergesellschaft erlischt; sie hat ihr Ziel (Schaffung der juristischen Person) erreicht und ihre Pflicht erfüllt. Wie man hier „konstruiert", ist gleichgültig. Das Gesagte entspricht dem Willen des Gesetzes und den Bedürfnissen des Lebens.

Notwendige Geschäfte in diesem Sinne sind die nach Gesetz und Statut vor der Eintragung vorzunehmenden. Die Meinung, daß nur das gesetzliche Viertel der Stammeinlagen hierzu gehöre, weil die Versicherung der Geschäftsführer bei Anmeldung zur Eintragung sich nur hierauf zu beziehen hat (§ 8 Abs. 2 GmbHG.)[20]), ist überholt. Für eine höhere statutarische Sofortzahlungspflicht gilt dasselbe[21]). Ebenso für die Geschäfte, die aus Vereinbarungen über Sachübernahmen sich ergeben, doch nur dann, wenn die nötigen Festsetzungen im Statut erfolgt sind (§ 20 Abs. 1 AktG.; § 5 Abs. 4 GmbHG.)[22]) und diese Ausführungsgeschäfte (Zurverfügungstellung und Verwaltung der Sacheinlagen usw.) nach Gesetz (so bei der GmbH.; oben Anm. 17) oder Statut (bei der Aktiengesellschaft) vor Eintragung der Gesellschaft zu erfolgen haben. Die vielerörterte Frage, wie Grundstücke einzubringen sind, unter Vermeidung doppelter Auflassung und Eintragung, erledigt sich dadurch, daß auf die zukünftige Aktiengesellschaft usw. aufgelassen wird (keine nach § 925 BGB. unzulässige Bedingung), und daß der Eintragungsantrag erst nach Entstehen der juristischen Person beim GBA. eingereicht wird.

2. Sonstige Geschäfte. Nach dem zu 1 Gesagten ist die Meinung abzulehnen, daß auch andere Geschäfte, z. B. die Miete von Geschäftsräumen, Abschluß von Lieferungsgeschäften für die künftige juristische Person, Darlehnsaufnahme usw., auch wenn sie im Einzelfall zweckmäßig oder nach der Verkehrsauffassung notwendig sind, mit unmittelbarer Wirkung für die zukünftige juristische Person, unter Ausschluß der Haftung des Handelnden, abgeschlossen werden könnten. Bei anderer Auffassung könnte die juristische Person mit unbegrenzten Schulden ins Leben treten. Das ist es aber gerade, was das Gesetz nicht will. Dieses hat Vorsorge getroffen, daß das erforderliche Grund- und Stammkapital beschafft wird und erhalten bleibt, und daß die statutarischen Rechte und Pflichten der entstandenen Rechtsperson durch Eintragung im Handelsregister und deren Bekanntmachung jederzeit für die Allgemeinheit erkennbar sind[23]). Darum dürfen auf die juristische Person nur solche Verpflichtungen aus der Gründerzeit ohne weiteres übergehen, die nach Gesetz und Statut zur Entstehung der juristischen Person erforderlich waren. Danach beurteilt sich z. B. auch die Behandlung des Gründeraufwands. Nur wenn die Kostenlast der Höhe nach aus dem Statut ersichtlich ist, trifft sie ohne weiteres die juristische Person[24]). Ergibt das Statut die Höhe nicht, so könnte die spätere Gläubigerschaft, die mit der entstandenen Rechtsperson Verträge abgeschlossen hat, durch Bekannt-

[15]) So RGZ. 151, 91 = JW. 1936, 2628³ m. Anm., und ständig; z. B. RGZ. 58, 55; 64, 187, 191; 72, 401 = JW. 1910, 246; RGZ. 83, 373 = JW. 1914, 307; RGZ. 105, 229 = JW. 1923, 120; RGZ. 154, 286 = JW. 1937, 2208²³.

[16]) §§ 19 Abs. 2, 20, 23, 25, 30, 49 AktG.; §§ 5 Abs. 4, 6, 7 Abs. 2, 52 GmbHG.

[17]) Wann die Sacheinlagen zu leisten sind, darüber schweigen AktG. und GmbHG. Für das GmbHG. verlangt die herrschende Meinung Zurverfügungstellung vor Eintragung (Scholz, „GmbHG." S. 135). Für die Aktiengesellschaft wurde früher das Gegenteil angenommen; ebenso für das neue AktG.: Ritter a. a. O. § 20 Anm. 2d; Schlegelberger-Quassowski a. a. O. § 28 Anm. 5.

[18]) Baumbach, „AktG." § 34 Anm. 2; Ritter a. a. O. § 34 Anm. 6.

[19]) Schlegelberger-Quassowski § 34 Anm. 8 lassen die Haftung der Handelnden bestehen, aber mit Eintragung der Gesellschaft ohne weiteres erlöschen. In meinem Sinne Ritter § 34 Anm. 4 vor a.

[20]) RGZ. 83, 373 = JW. 1914, 307.

[21]) RG.: JW. 1922, 94. Meine frühere Meinung, daß freiwillige Vollzahlung der Stammeinlage ebenso zu behandeln sei (Scholz, „GmbHG." S. 151 f.), halte ich nicht aufrecht.

[22]) Fehlt die Festsetzung im Statut, so sind und bleiben solche Vereinbarungen der eingetragenen Gesellschaft gegenüber (nicht zwischen den Gründern) unwirksam. Hierauf bezieht sich der „dunkle" § 34 Abs. 3 AktG. (oben 1 Abs. 1). Vgl. § 20 Abs. 2, 3 AktG. und, für GmbH., Scholz, „GmbHG." S. 118.

[23]) Dies kann im Interesse solider Geschäftsgründung heute nicht scharf genug betont werden. Es darf nicht dahin kommen, daß eine Gesellschaft mit geringem Stammkapital gegründet wird, das hochwertige Handelsunternehmen aber, das sie betreiben soll, ihr von einem Gründer verkauft wird, so daß sie, statt diesen Wert als Sacheinlage oder Sachübernahme in sich zu tragen, mit einer Schuldenlast in gleicher Höhe ins Leben tritt. Das RG. hat neuerdings (Urt. v. 16. Okt. 1937: DJ. 1938, 601) in solchem Falle den § 826 BGB. angewendet; das PrOVG. hat gewerbesteuerrechtlich Mißbrauch (§ 6 StAnpG.) angenommen: RVerwBl. 59 (1938), 747. Vgl. Scholz: SozPr. 1938, 673 und AkadZ. 1938, 656.

[24]) Scholz, „GmbHG." § 5 Anm. IV 1; für die Aktiengesellschaft ist die Frage im gleichen Sinne jetzt durch §§ 19, 29 Abs. 2 Nr. 2 AktG. entschieden.

werden erheblicher Kostenforderungen an die GmbH. usw. in ihrem Vertrauen getäuscht werden.

Daher müssen sonstige Geschäfte, sollen sie für die GmbH. usw. verbindlich sein, von dieser nach ihrem Entstehen besonders „übernommen“ werden (so der Sprachgebrauch des AktG. in § 34 Abs. 2, 3). Das RG. und die herrschende Lehre (außerhalb des AktG.) sprechen von „Genehmigung“ (§§ 177, 178 BGB.); denn der Geschäftsführer oder Vorstand hatte für die nicht unter oben 1 fallenden Geschäfte im Gründungszeitraum keine Vertretungsmacht hinsichtlich der juristischen Person[25]). Die Genehmigung kann auch stillschweigend erfolgen, indem die juristische Person tatsächlich als Vertragspartei sich verhält („geriert“); dies gilt z. B. dann, wenn sie Dauerverträge fortsetzt (Anstellungs-, Miet- oder Lieferungsverträge; vgl. RGZ. 116, 71 = JW. 1927, 1099). Einer besonderen „Bestätigung“ des Vertrages bedarf es nicht[26]). Kann aber der im Gründungsstatut bestellte Geschäftsführer der GmbH., der regelmäßig nach Eintragung der GmbH. derselbe bleibt, seinen eigenen Vertrag genehmigen? Nach § 181 BGB. nur dann, wenn ihm dies gestattet ist. Im Gründungsstatut? Das Genehmigungserfordernis wäre eine leere Form, wenn dies zulässig wäre. Muß nun die GmbH., die nur einen Geschäftsführer hat, dieserhalb einen zweiten Geschäftsführer (mit Einzelvertretungsbefugnis) bestellen? Daran denkt im Rechtsleben niemand. Es genügt, wenn mit stillschweigendem Einverständnis der Gesellschafter der bisherige Geschäftsführer nach Eintragung der GmbH. den Vertrag fortsetzt. Eintritt in ein Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB.) wird natürlich nicht erfolgen; unmittelbare Verpflichtung der juristischen Person aus schädigenden Handlungen aus der Gründerzeit tritt nicht ein, da der Geschäftsführer damals nicht Organ der juristischen Person war (§ 31 BGB.). Aber aus den Grundsätzen von Treu und Glauben und guten Sitten tritt Haftung der juristischen Person ein, wenn sie die Vorteile jenes Handelns in Kenntnis seiner sittenwidrigen Merkmale übernimmt, um sie auszubeuten[27]).

Tritt die Aktiengesellschaft oder GmbH. in den Vertrag ein (durch Genehmigung, Bestätigung oder „kumulative“ Schuldübernahme), so besteht an sich die Erfüllungshaftung der „Handelnden“ fort. So die allgemeine Meinung, wohl wegen des starren Wortlauts der oben I Abs. 1 mitgeteilten Haftungsnorm, obwohl es keinen Sinn hat, Verträge, welche die entstandene Rechtsperson genehmigt oder bestätigt hat, von diesem Zeitpunkt an anders zu beurteilen als solche, die sie selber abgeschlossen hat. Aber die Rechtsprechung hat die darin liegende Härte gemildert durch Berufung auf die Verkehrsauffassung und auf Treu und Glauben. So heißt es in RGZ. 116, 73 = JW. 1927, 1099, daß bei Fortsetzung von Dauerverträgen (Anstellungsverträgen usw.) stillschweigender Ausschluß der Haftung der Handelnden angenommen werden kann. Immerhin liegt hierin eine beklagenswerte Rechtsunsicherheit, welche die im Gründungszeitraum Handelnden bedroht. Natürlich ist eine (sog. privative) Schuldübernahme durch die juristische Person möglich; aber sie hängt von der Genehmigung des Gläubigers ab (§ 415 BGB.). Hier ging das Schweizerische GmbH.-Recht voran und bestimmte, daß, wenn vorher eingegangene Verpflichtungen innerhalb dreier Monate nach Eintragung der GmbH. von dieser „übernommen“ werden, die Handelnden von ihrer Haftung befreit werden und nur die GmbH. haftet, d. h. auch ohne Zustimmung des Gläubigers[28]). Dies hat das deutsche AktG. in § 34 Abs. 2 übernommen mit der Maßgabe, daß die (befreiende) Schuldübernahme binnen der genannten Frist dem Gläubiger mitgeteilt sein muß.

[25]) RGZ. 83, 373 = JW. 1914, 307; RGZ. 105, 228 = JW. 1923, 120; RGZ. 106, 73 = JW. 1924, 165; RGZ. 116, 74 = JW. 1927, 1099; RG.: JW. 1932, 724.

[26]) RGZ. 105, 230.

[27]) RGZ. 151, 86 = JW. 1936, 2628[3] m. Anm.; RGZ. 154, 286 = JW. 1937, 2208[23].

[28]) Art. 783 Abs. 3 des Schweizer ObligatRechts i. d. Fass. vom 18. Dez. 1936; dazu Scholz, „Die Schweizer. GmbH.“ in „Rechtsspiegel d. Wirtsch.“ 1938, 460.

Für die deutsche GmbH. gilt dies nicht; Einführung entsprechender Vorschrift bei der Neugestaltung des GmbH. ist zu wünschen.

VI. Gründergesellschaft und Steuerrecht

Auf alle Fragen einzugehen, die hier entstehen, fehlt der Raum. Nur folgendes: Die für die Aktiengesellschaft und GmbH. geltende, oben I Abs. 1 mitgeteilte Haftungsnorm, wonach der handelnde Vertreter persönlich haftet, hat ein Gegenstück im UrkStG. § 6 Abs. 2: sowohl der Vertreter wie die Vertretenen sind Steuerschuldner. Im übrigen unterliegt der Urkundensteuer nicht der Gründungsvertrag einer Aktiengesellschaft oder GmbH. (§ 4 Nr. 7 UrkStG.), wohl aber der einer e. Genoss. (§ 37 a. a. O.). Umgekehrt ist das KapVerkStG. anwendbar auf Aktiengesellschaften und GmbH. (Kapitalgesellschaften), nicht aber auf die e. Genoss.; aber die Gründergesellschaften betrifft dieses Gesetz überhaupt nicht, weil Gesellschaftsrechte im dortigen Sinne erst mit Entstehen der juristischen Person erworben werden.

Wenn die Gründergesellschaft bereits eine Tätigkeit entwickelt, aus der sie Einkünfte, z. B. Gewerbeertrag, erzielt, so gilt folgendes: Ein vor Abschluß des Gründungsstatuts etwa erzieltes Einkommen ist nur bei den einzelnen Gründern steuerpflichtig (Einkommensteuer oder Körperschaftsteuer, je nachdem, ob der einzelne Gründer der Einkommensteuer oder der Körperschaftsteuer unterliegt). Dasselbe gilt zwar auch nach Abschluß des Gründungsstatuts. Aber mit diesem Zeitpunkt beginnt nach ständiger Rechtsprechung des RFH. daneben bereits die Körperschaftsteuerpflicht der Aktiengesellschaft, GmbH., e. Genoss.[29]). Entsprechendes gilt für die Vermögensteuer[30]).

Ist die Gründergesellschaft gewerblich tätig, so unterliegt sie der Gewerbesteuer und der Umsatzsteuer. Hinsichtlich der Gewerbesteuer liegen, soviel ich sehe, Urteile des PrOVG. und des RFH. über Gründergesellschaften nicht vor. Dagegen wird die (saarländ.) Umsatzsteuer in einem Urteil des PrOVG. v. 29. März 1938 behandelt, das unten S. 3198[43] abgedruckt ist: Obwohl die beantragte Eintragung der Genoss. in das Genossenschaftsregister abgelehnt war, besorgte die Gründergesellschaft für ihre Mitglieder Wareneinkäufe, bis sie sich schließlich auflöste. Wegen dieser Leistungen wurde sie rechtskräftig zur Umsatzsteuer veranlagt. Da diese nicht beglichen wurde, wurden fünf als Mitglieder ermittelte Personen je zu einem Fünftel der Steuerschuld haftweise in Anspruch genommen. Deren Rechtsmittel wies das PrOVG. zurück, weil sämtliche Gründer gem. §§ 705 ff., 427 BGB., §§ 113, 115 RAbgO. als Gesamtschuldner für die Steuerschulden der Gründergesellschaft haften. Diese Entscheidung gibt zu folgender Bemerkung Anlaß:

Obwohl die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, ebenso wie der nichtrechtsfähige Verein, der eigenen Rechtspersönlichkeit ermangelt, werden beide Personenvereinigungen steuerlich als rechtsfähig behandelt[31]). Dies gilt daher auch für die Gründergesellschaft. Ist diese gewerblich tätig, so unterliegt die Gesellschaft als solche der Gewerbe- und Umsatzsteuer; es kann also in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden. Für die Steuerhaftung der Gesellschafter und Mitglieder gilt sinngemäß das bürgerliche Recht: § 113 RAbgO. 1931. Zum bürgerlichen Recht in diesem Sinne gehört auch das Handelsrecht. Hiernach ist aber die Haftung der Gründer (Gesellschafter) und der handelnden Nichtgründer (Geschäftsführer) verschieden: Ist namens der Gründergesellschaft gehandelt, so haften die Gründer, nicht der für sie handelnde Geschäfts-

[29]) RFH. 11, 256; 12, 326; 36, 244. Vgl. Kennerknecht, „KörpStG.“ § 1 Anm. 59. Auf die beschränkte Steuerpflicht, Personenvereinigungen aller Art betreffend, soll hier nicht eingegangen werden.

[30]) RFH., Urt. v. 28. Jan. 1938: RStBl. 1938, 277 f. = JW. 1938, 1423[35].

[31]) Zuerst RFH. 5, 47 (für UmsSt.); dann RFH. 17, 40; feststehende Rechtsprechung. Ebenso ist eine Erbengemeinschaft, wenn sie den Betrieb des Erblassers fortsetzt und ihre Auseinandersetzung für längere Zeit ausgeschlossen ist, als subjektiv gewerbesteuerpflichtig zu behandeln: RFH. 29, 71; RFH. v. 20. Juli 1938: RStBl. 940.

führer; ist namens der zukünftigen Aktiengesellschaft oder GmbH. gehandelt, so haften der handelnde Geschäftsführer und — als Folge von Rechtsprechung und Lehre — diejenigen Gründer, mit deren Wissen und Willen im Einzelfall gehandelt wurde. Auch da, wo die Gründer haften, gilt Gesamthaftung für die volle Schuld nur im Zweifel (§ 427 BGB.), und wir haben gesehen, daß die Rechtsprechung durch Vertragsauslegung und Berücksichtigung von Treu und Glauben vielfach, und mit Recht, zu anderem Ergebnis kommt. Für die Umsatz- und Gewerbesteuer aber handelt es sich darum, das Gesamtergebnis von Rechtshandlungen eines Kalender- oder Rechnungsjahres steuerlich zu erfassen. Daß diejenigen, welche haften, Gesamtschuldner sind, hat das PrOVG. in dem vorgenannten Urteil hilfsweise auch aus § 95 Abs. 1 RAbgO. 1919 = § 115 Abs. 1 RAbgO. 1931 hergeleitet. Jetzt ist diese Vorschrift ersetzt durch § 7 Abs. 1 StAnpG. Aber sie setzt voraus, daß „für dieselbe steuerrechtliche Leistung" gehaftet wird; und ob dies der Fall ist, soll doch sinngemäß nach bürgerlichem Recht beurteilt werden (§ 113 RAbgO. 1931). Indessen der Steuerbehörde kann bei der Umsatz- und Gewerbesteuer unmöglich zugemutet werden, zu ermitteln, wie aus den einzelnen Rechtsgeschäften, aus denen ein steuerliches Jahresergebnis sich zusammensetzt, bürgerlich-rechtlich gehaftet wird. Eine „Typisierung", wie häufig im Steuerrecht, ist auch hier das Gegebene. Darum ist auf das nach der Lebenserfahrung übliche, das Regelmäßige, die Beurteilung abzustellen. Nach der Regel des § 427 BGB. ist Gesamtschuldnerschaft, also hinsichtlich der ganzen Steuer, anzunehmen[32]). Dem Regelmäßigen entspricht es auch, das Handeln als ein solches namens der Gründergesellschaft in allen Fällen aufzufassen, in denen der Vertreter der Gründer mit deren Einverständnis und mit Rücksicht auf sie gewerblich tätig geworden ist, mag dies vor wie nach Abschluß des Gründungsvertrags oder auch, wie im Falle des Urteils des PrOVG., nach Scheitern der Eintragung der juristischen Person erfolgt sein. Die gekünstelte Unterscheidung, ob im Namen der Gründer oder im Namen der zukünftigen juristischen Person gehandelt ist — eine Unterscheidung, deren die Beteiligten doch meist sich gar nicht bewußt sind, und die außerdem größter Auslegungsschwierigkeit begegnet —, ist für das Steuerrecht abzulehnen. Es haften also steuerrechtlich alle Gründer (als Gesamtschuldner), nicht nur diejenigen, mit deren Wissen und Willen im Einzelfall bei Auftreten „im Namen" der zukünftigen Rechtsperson gehandelt ist.

Ob der Handelnde (Geschäftsführer), soweit er nicht selber Mitgründer ist, persönlich ebenfalls haftet, hatte das PrOVG. im genannten Urteil nicht zu entscheiden. Die für ihn geltende Haftungsnorm in § 34 Abs. 1 Satz 2 AktG., § 11 Abs. 2 GmbH. (oben I Abs. 1) gilt steuerrechtlich nicht, wenn das Gesagte richtig ist. Die RAbgO. enthält zwar in den §§ 103—110 eingehende Haftungsvorschriften für Vertreter. Sie setzen aber eine Verletzung von Steuerpflichten voraus. Wenn es in § 105 Abs. 1 heißt, daß bei Personenvereinigungen, die als solche steuerpflichtig sind, aber keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, die Geschäftsführer die Pflichten zu erfüllen haben, „die den Personenvereinigungen wegen der Besteuerung auferlegt sind", so bedeutet dies nicht Mithaft für die Steuer, wie aus § 109 sich klar ergibt[33]). Übrigens hat der RFH. die Haftungsnorm in § 54 BGB. (persönliche Haftung des namens des nichtrechtsfähigen Vereins Handelnden) nur unter der Voraussetzung steuerrechtlich anerkannt, daß der Handelnde zugleich Gesellschafter (Vereinsmitglied) ist, da die RAbgO. (damals § 93, jetzt § 113 unverändert) bei solchen nichtrechtsfähigen Gebilden auf das bürgerliche Recht nur verweist wegen der Haftung „der einzelnen Gesellschafter und Mitglieder", nicht wegen handelnder Dritter[34]). Der RFH. ist daher auf Grund des Wortlauts der RAbgO. zu demselben Ergebnis gelangt, das auf Grund allgemeiner Betrachtung oben und vom PrOVG. angenommen worden ist. Daher ist jedenfalls für die Umsatz- und Gewerbesteuer der Gründergesellschaft die Haftung des Handelnden als solchen (§ 34 Abs. 1 Satz 2 AktG.; § 11 Abs. 2 GmbHG.; § 54 S. 2 BGB., wenn man die Gründergesellschaft als nichtrechtsfähigen Verein auffaßt) als unanwendbar zu erachten[35]).

[32]) Für die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft ebenso: RFH. 5, 49; 33, 40; 34, 69; Urt. II A 473/31 v. 4. Nov. 1931: „Mrozeks Kartei", GrErwStG. § 3 Abschn. III Rspr. 8.

[33]) Anders Boethge-Arlt, „Handb. d. Steuerrechts", RAbgO. § 105 Anm. 1 unter Berufung auf RFH. V A 574/22 vom 19. Jan. 1923: „Mrozeks Kartei", RAbgO. 1919 § 86 Rspr. 1. Aber dies Urteil ist mißverstanden. Vgl. oben anschließend.

[34]) Das in Anm. 33 vermerkte Urteil.

[35]) Das gilt natürlich auch für die Körperschaftsteuer der Gründergesellschaft. Denn diese, frühestens mit dem Gründungsstatut beginnende Steuerpflicht (oben Anm. 29) wird als eine solche der bereits entstandenen Aktiengesellschaft usw. behandelt, für deren Steuerschuld nur diese haftet. Mithaft der Vertreter nur wegen Verletzung von Steuerpflichten nach §§ 103—110 RAbgO.

Die Vergünstigung des Doppelstreitwerts zur Begrenzung des Kostenwagnisses

A.

Von Kammergerichtsrat Dr. Gaedeke, Berlin: JW. 1938, 3009

B.

Von Kammergerichtsrat Armstroff, Berlin

Die Ausführungen von Gaedeke: JW. 1938, 3009 zu vorstehendem Thema geben mir als Mitglied des Patentsenats des KG. Veranlassung, zu einzelnen Punkten Stellung zu nehmen. Denn es handelt sich um bisher so gut wie gar nicht geklärte Fragen.

I. Der Verfasser wendet sich gegen die Bezeichnung: „Festsetzung eines doppelten Streitwertes", da in Wirklichkeit nur eine Gebührenermäßigung vorliege, bei der der Streitwert nur als äußerer Maßstab in Frage komme. Es handelt sich hierbei nicht nur um einen Wortstreit. Denn liegt eine Streitwertfestsetzung im eigentlichen Sinne vor, so gilt für die Abänderlichkeit und Anfechtbarkeit § 18 GKG., also insbesondere die Befugnis des Gerichts, seine eigene Festsetzung und die des untern Gerichts zu ändern, und vor allem das Recht der nicht begünstigten Partei, den Beschluß im Beschwerdewege anzufechten. Auch muß man dem beteiligten Anwalt das Beschwerderecht aus § 12 RAGebO. zubilligen. Wenn Gaedeke dem entgegenhält, daß der Anwalt damit dem Interesse seiner Partei zuwiderhandle, so ist zu erwidern, daß eine solche „Zuwiderhandlung" in der Ausübung des Beschwerderechts aus § 12 RAGebO. regelmäßig liegen wird, und daß das Gesetz trotzdem dem Anwalt dieses Recht ausdrücklich verliehen hat. Es ist nicht einzusehen, weshalb bei der Streitwertfestsetzung in andern Sachen der Anwalt sein Gebühreninteresse im Beschwerdewege verfolgen darf, während in Patentstreitsachen, wo oft besonders hohe Werte in Betracht kommen, ihm dieses Recht im Falle des § 53 PatG. nicht zustehen soll. Dies gilt um so mehr, als vor der Entscheidung über die Ermäßigung zwar der Gegner des Antragstellers, nicht aber der eigene Anwalt des letztern gehört werden muß (§ 53 Abs. 2 Satz 3). Denn der Antrag kann nach § 53 Abs. 2 Satz 1 ohne Zuziehung eines Anwalts gestellt werden, also auch hinter dem Rücken eines bereits bestellten Anwalts. Ferner genügt bezüglich der hauptsächlichsten Voraussetzung der Ermäßigung — der erheblichen Gefährdung der wirtschaftlichen Lage des Antragstellers — die bloße Glaubhaftmachung. Endlich sollen die Aussichten der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung grundsätzlich

keine Rolle spielen, soweit nicht ein offensichtlicher Mißbrauch festgestellt werden kann. Unter diesen Umständen dem betroffenen Teile das Beschwerderecht zu versagen, erscheint wenig billig. Auf eine Versagung läuft es aber hinaus, wenn man die Anwendbarkeit des § 18 GKG. verneint. Es ist dann sogar schon zweifelhaft, ob die Beschwerde gegen eine gänzliche oder teilweise Ablehnung des Ermäßigungsantrages gegeben ist. Die Selbstverständlichkeit, mit der anscheinend ein Beschwerderecht für diesen Fall angenommen wird, besteht nicht. Die in § 567 Abs. 1 ZPO. bezeichnete Zurückweisung eines das Verfahren betreffenden Gesuchs bezieht sich nur auf das prozessuale Verfahren, nicht aber auf die Festsetzung des dem Verfahren zugrunde liegenden Streitwerts, bezüglich deren das Abänderungs- und Beschwerderecht im GKG. und in der RAGebO. besonders geregelt ist. Die entsprechende Anwendung der Vorschriften über das Armenrecht (§ 127 ZPO.) ist noch bedenklicher, da, wie auch die von Gaedeke erwähnte RGEntscheidung JW. 1937, 1899 betont, zwischen Armenrecht und Ermäßigung des Streitwertes in Voraussetzungen und Wirkungen tiefgreifende Unterschiede bestehen. Übrigens würde sich bei Bejahung des Beschwerderechts die eigenartige Folge ergeben, daß die Beschwerde gegen die Ablehnung des Ermäßigungsantrages dem Anwaltszwange unterläge, obwohl ein solcher Antrag im ersten Rechtszuge zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt — also auch privatschriftlich abgefaßt — werden kann (vgl. Baumbach, Anm. 2 zu § 78). Für die Beschwerde des Gegners des Antragstellers würde der Anwaltszwang ohne weiteres gelten.

Alle diese Schwierigkeiten entfallen, wenn man den § 18 GKG. anwendet und jedem, der durch einen gem. § 53 PatG. erlassenen Beschluß benachteiligt ist oder benachteiligt werden könnte (einschließlich der Reichskasse), das Beschwerderecht gibt. Zugleich folgt hieraus, daß ein Ermäßigungsbeschluß nach Maßgabe des § 18 GKG. auch ohne formelle Beschwerde auf Antrag oder von Amts wegen aufgehoben oder eingeschränkt werden kann. Zweifelhaft ist, bis wann die Aufhebung und Einschränkung erfolgen kann. Man wird hier, um überhaupt eine Grenze zu haben, den Ablauf der Instanz maßgebend sein lassen, aber nur für das Gericht der Instanz, nicht aber für das mit der Sache noch befaßte höhere Gericht. Man wird auch aus dringenden Billigkeitsgründen ausnahmsweise zulassen müssen, daß die gewährte Vergünstigung mit rückwirkender Kraft (ex tunc) eingeschränkt oder entzogen wird, insbesondere in dem von Gaedeke erwähnten Falle, daß die Vergünstigung durch unwahre oder unvollständige Angaben erschlichen worden ist. Hier erfordert die Billigkeit sogar, die Entziehung der Vergünstigung auch nach dem Abschlusse des Rechtsstreits zuzulassen. Soll man in einem solchen Falle die Reichskasse und die sonstigen Geschädigten auf einen weitern Rechtsstreit verweisen müssen?

II. Es sei noch kurz zu der Frage Stellung genommen, ob neben der Vergünstigung nach § 53 PatG. das Armenrecht gewährt werden kann, und zwar nach dem ermäßigten Streitwerte. Gaedeke bejaht diese Frage, empfiehlt allerdings eine besonders aufmerksame Prüfung, ob nicht ein unlauteres Verhalten des Antragstellers vorliegt. Der 10. ZivSen. des KG. neigt — wenigstens für den Regelfall — zur Verneinung. Bereits in einem Beschlusse v. 10. März 1937 (10 U 4488/36) hat er ausgesprochen, soweit eine Armut im Sinne der Armenrechtsbestimmungen vorliege, sei die arme Partei auf den Armenrechtsweg zu verweisen; Voraussetzung der Ermäßigung des § 53 sei, daß die arme Partei immer noch ein gewisses angemessenes Kostenwagnis behalte. Dies entspricht auch dem Sinne der amtlichen Begründung.

Gaedeke ist jedenfalls darin recht zu geben, daß nie aus dem Auge gelassen werden darf, daß die Verringerung des Kostenwagnisses der einen Partei das Kostenwagnis der andern Partei unverhältnismäßig erhöhen kann.

Schrifttum

a) Zeitschriften

Dr. Niederreuther, Amtsgerichtsrat: Rechtskraft und materielle Gerechtigkeit. DJ. 1938, 1752.

Am Ende jedes Strafprozesses sollte der Sieg der materiellen Wahrheit im Sinne einer einwandfreien Feststellung der Schuld oder Nichtschuld des Angekl. stehen. In vielen Fällen kann das Ziel infolge der Unzulänglichkeit menschlichen Erkennens nicht erreicht werden; hieran wird auch die Zukunft nichts ändern. Oft steht aber die erstrebte materielle Gerechtigkeit faßbar vor uns, dennoch verzichtet man bewußt auf ihre Durchsetzung. Der Täter ist wegen der Tat bereits rechtskräftig abgeurteilt, und erst nachträglich stellt sich der wahre Sachverhalt oder der wirkliche Umfang seiner verbrecherischen Betätigung heraus, ohne daß die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme des Verfahrens gegeben sind. Hier wird die Rechtskraftfrage zum Problem. Die Veränderung des Blickpunktes in der Gestaltung des materiellen Strafrechts, wie sie in der These „nullum crimen sine poena“ statt des alten Satzes „nulla poena sine lege“ ihren Niederschlag gefunden hat, muß sich auch im Verfahrensrecht auswirken. Trotz wiederholt erforderlich gewordener Überprüfung der Rechtskraftfrage, des Grundsatzes „ne bis in idem“, ist das RG. jedoch bisher bewußt von dem fundamentalen Grundsatze nicht abgegangen. Immer wieder wurden hierbei Ergebnisse in Kauf genommen, die einem auf Durchsetzung der materiellen Wahrheit bedachten Strafrecht widersprachen. Das kommende Strafverfahrensrecht hat eine Auflockerung der Rechtskraftwirkung in den Kreis seiner Erwägungen einbezogen (vgl. Freisler: „Deutsches Strafrecht“ Aug. bis Sept. 1935, 237). Nunmehr scheint sich aber auch in der Rechtsprechung eine Wandlung zu vollziehen, die durch nachstehende Entscheidungen des Volksgerichtshofes und des OLG. München gekennzeichnet wird.

Ein Angekl. hat im Rahmen der ihm in dem Verfahren vor dem VGH. zur Last gelegten landesverräterischen Betätigung wiederholt unerlaubt die Reichsgrenze überschritten und ist insoweit durch rechtskräftiges Urteil eines AG., dem die landesverräterische Auswirkung der Tat noch nicht bekannt war, wegen eines fortgesetzten Paßvergehens verurteilt worden. Tatsächlich fällt der in dem amtsgerichtlichen Urteil behandelte Sachverhalt mit dem geschichtlichen Vorgang zusammen, der auch den Gegenstand des Landesverratsverfahrens bildet. Es handelt sich um eine und dieselbe Tat, so daß nach dem Grundsatze des „ne bis in idem“ eine erneute Verfolgung nicht mehr möglich ist. Der VGH. hat dennoch entschieden, daß das Urteil des AG. einer erneuten Verurteilung wegen Landesverrats nicht entgegenstände (DJ. 1938, 1193).

Ein Angekl. ist wegen fortgesetzten Verbrechens der Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens (minder schwerer Fall) im Jahre 1936 verurteilt und hat die Strafe bereits verbüßt. Nach Rechtskraft des Urteils stellt sich heraus, daß der Umfang seiner Betätigung ein weit größerer gewesen ist, als damals angenommen wurde. Es erfolgt erneute Anklageerhebung. Die damals im Fortsetzungszusammenhang abgeurteilten Einzelhandlungen sind Teile des fortgesetzten Verbrechens, das dem Angekl. nunmehr zur Last gelegt wird, so daß auch hier nach allgemeiner Rechtsauffassung die Rechtskraft des ersten Urteils der neuerlichen Aburteilung entgegenstände. Das OLG. München hält dennoch die erneute Aburteilung für zulässig (DJ. 1938, 724).

Beide Entscheidungen setzen sich bewußt über den Grundsatz der Rechtskraft und des Strafklageverbrauchs hinweg und begründen ihre Stellungnahme damit, daß andernfalls ein widersinniges Ergebnis erzielt, das gesunde Rechtsempfinden in schwerster Weise verletzt und keine den Staatsinteressen entsprechende Bestrafung eintreten würde. Höchstes Unrecht könne nie Ergebnis einer vernünftigen Rechtsprechung sein. Der Schutz des Staates und des Volkes gehe der Anwendung von Verfahrensgrundsätzen vor, wenn diese in ihrer letzten Folge zum Widersinne führten.

Der fortschrittliche Charakter der Entscheidungen ist unverkennbar. Sie fordern eine Auseinandersetzung mit dem Problem der Rechtskraft heraus. Niederreuther unterzieht sich in seinem Aufsatze der Aufgabe, die Problemlage klarzulegen und einen Grundsatz für die allgemeine Lösung des Problems aufzustellen. Ausgehend von dem allgemein anerkannten Grundsatze, daß mit der rechtskräftigen Aburteilung eines Angekl. die Strafklage hinsichtlich der abgeurteilten Tat verbraucht und insoweit eine neuerliche Verfolgung und Bestrafung des abgeurteilten Täters ausgeschlossen sei, zeigt er zunächst an Hand der Rechtsprechung die Umgrenzung des Umfanges der Rechtskraft-

wirkung, die er im Sinne Bindings verstanden wissen will. Die Beschränkung dieser Wirkung beim Strafbefehl (vgl. zuletzt RG.: JW. 1938, 41[15]), ihre weittragenden Folgen in den Fällen sog. juristischer Handlungseinheit finden Erörterung. Mit Recht weist er darauf hin, daß das RG. einer Auseinandersetzung mit dem Problem der Durchbrechung der Rechtskraft aus dem Wege gegangen ist, auch wo Gelegenheit dazu vorhanden war (vgl. RG.: JW. 1937, 2961[1]). Im Gegensatz hierzu ständen die erwähnten Entscheidungen, eine weitere Entscheidung des OLG. München: DJ. 1937, 82 und eine Entscheidung des KG. vom 26. März 1938 (7a OJs 174/37).

N. will nach wie vor an dem Grundsatze der Rechtskraft als Ausgangspunkt festhalten, der in sich die Gefahr birgt, daß einmal formelle Rechtslage und materielle Wahrheit und Gerechtigkeit nicht übereinstimmen. Beim Ausschluß einer nachträglichen Richtigstellung würde dies zu einer ungerechten und ungerechtfertigten Bevorzugung des Rechtsbrechers auf Kosten der Strafrechtspflege und damit der Allgemeinheit führen. Ein solches Ergebnis sei heute unmöglich und widersinnig. Bisher habe man es um des Prinzips Willen in Kauf genommen. Jetzt gelte es, die zur Anerkennung des Grundsatzes der Rechtskraft führenden Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und der Einmaligkeit des Staatsaktes einerseits und das Streben nach materieller Wahrheit und Gerechtigkeit andererseits zueinander in Beziehung zu setzen und gegeneinander abzuwägen. Unter Hinweis auf die Strafrechtsnovellen (§ 2, Wahlfeststellung, Aufhebung des Verbots der reformatio in peius) und die Bestimmungen über die Wiederaufnahme von Verfahren in neueren Gesetzen stellt er fest, daß Durchbrechungen des Grundsatzes der Rechtskraft der Tendenz des heutigen Gesetzgebers entsprächen. Diese Durchbrechung soll lediglich in Ausnahmefällen erfolgen. Wann diese vorlägen, sei nach gesundem Rechtsempfinden zu beurteilen. Seine Ausführungen gipfeln in der Forderung, daß eine neuerliche Verfolgung und Verurteilung eines rechtskräftig abgeurteilten Angekl. wegen derselben Tat, die bereits den Gegenstand des früheren Strafverfahrens bildete, in Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtskraft und des Strafklageverbrauchs ausnahmsweise dann zulässig sein soll, wenn der Angekl. nach dem früheren Urteil nur in einer Weise bestraft ist, die zu der erst nachträglich bekanntgewordenen strafbaren Betätigung des Angekl. nach Art und Umfang seiner verbrecherischen Tätigkeit in so krassem Mißverhältnis steht, daß der bei Anwendung der allgemeinen Grundsätze sich ergebende Ausschluß nachträglicher Verfolgung und Bestrafung des Täters dem gesunden Rechtsempfinden widersprechen würde.

Die Ausführungen des Aufsatzes enthalten eine klare Herausstellung des Problems. Ihnen ist auch insoweit zuzustimmen, als besonders geartete Fälle eine Durchbrechung des Grundsatzes erheischen können. Ob eine allgemeine Tendenz zur Durchbrechung des Grundsatzes besteht, erscheint zweifelhaft. Im Interesse des Ansehens gerichtlicher Urteile würde sie nicht liegen. Jeder Prozeß ist ein Kampf ums Recht. Ein geordnetes Rechtsleben verlangt, daß nach möglichst eingehender Wahrheitserforschung Rechtsfriede eintritt. Daher muß die Entscheidung des Gerichts in der Regel endgültig sein. Für die Rechtssicherheit treten wir ein, um durch sie die Staatssicherheit zu gewährleisten. Wenn diese jedoch bedroht wird durch Anwendung eines zugunsten der Rechtssicherheit geschaffenen Grundsatzes, so muß der Grundsatz eine Durchbrechung erleiden. Mit Recht verlangt N. eine Abwägung der verschiedenen Gesichtspunkte. Fälle, in denen die Rechtssicherheit zurückzutreten hat, werden selten sein. Die Voraussetzungen hierfür gleicht N. den Bestimmungen für die Wiederaufnahme an. Eine Erweiterung dieser Bestimmungen im Gesetzeswege auf die geschilderten Fälle wäre zu begrüßen. Solange diese gesetzliche, formelle Grundlage fehlt, bleibt nur der von N. vorgeschlagene Weg, da unser Ziel stets eine dem Volksempfinden entsprechende Rechtspflege sein muß. Die Schwere des nicht zur Aburteilung gelangten Delikts wird bei der Entscheidung von Bedeutung sein, das RG. hat allerdings bzgl. einer Devisenzuwiderhandlung erst in einer neueren Entscheidung Strafklageverbrauch angenommen (JW. 1938, 2899[13]).

StA. Dr. Mittelbach, Berlin

b) Bücher

Der ländliche Grundstücksverkehr, insbesondere die Grundstücksverkehrsbekanntmachung v. 26. Jan. 1937 von MinDir. Riecke, Staatsmin. a. D. und MinR. Dr. Frhr. v. Manteuffel im R.- u. PrMin. für Ernährung und Landwirtschaft. 2. verbesserte und ergänzte Auflage. Berlin 1938. Reichsnährstands-Verlags-GmbH. 456 Seiten. Preis geb. 7,25 RM.

Eineinhalb Jahre nach Inkrafttreten der Grundstücksverkehrsbekanntmachung (GVB.) v. 26. Jan. 1937 haben die Verf. ihr Buch in 2. Auflage herausgebracht. Es darf in diesem Zusammenhang auf die Besprechung der 1. Auflage in JW. 1937, 2571 von Schieck verwiesen werden.

Die Neuauflage wurde einmal notwendig mit Rücksicht auf den Fortschritt der Gesetzgebung. Die Richtlinien und Erlasse des Reichsernährungsministers und anderer Reichsminister und oberster Behörden sind auf den Stand von Ende Juli 1938 ergänzt, ebenso die Anordnungen des Reichsnährstandes. Die Einführung der GVB. in Österreich wurde besonders berücksichtigt. Neben der GVB. wurden den einschlägigen anderen, den landwirtschaftlichen Grundstücksverkehr betreffenden Gesetzen und Verordnungen des Reiches in der neuen Auflage auch die der Länder beigefügt. Damit enthält das Buch in seinem 2. Teil alle derzeit geltenden wesentlichen Bestimmungen über den landwirtschaftlichen Grundstücksverkehr in einer übersichtlichen Zusammenstellung im Wortlaut.

Zur Neuauflage berechtigte aber auch die eineinhalbjährige praktische Erfahrung, die seit Inkrafttreten der neuen GVB. gesammelt wurde. Diese Erfahrung in der praktischen Handhabung des Gesetzes haben die Verf. eingehend berücksichtigt, ebenso ist die bisher erschienene Literatur verarbeitet; äußerlich tritt dies schon in der Verdoppelung des Umfanges des erläuterten Teiles in Erscheinung. Die Verf. sind aber dabei ihrem Prinzip, dem Benützer des Buches die Grundgedanken des Gesetzes nahezubringen, treu geblieben. Nur dann und wann sind zur Verdeutlichung Entscheidungen angeführt. Abgesehen davon, daß es nicht ungefährlich wäre, etwa aus der Bundesratsbekanntmachung, der Vorläuferin der GVB. gewonnene Erkenntnisse und Entscheidungen auf die GVB. anzuwenden, verlangt gerade die in der GVB. enthaltene Generalklausel — die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn der Ausführung des Rechtsgeschäftes ein erhebliches öffentliches Interesse entgegensteht (§ 5) — eine genaue Kenntnis der nationalsozialistischen Bodenpolitik. Die Ausführungen zu § 5 GVB. nehmen wie bisher den breitesten Raum ein. In dieser Form haben die Verf. ein klares, übersichtliches und eingehendes Erläuterungswerk zur GVB. geschaffen.

Die Gefahr der weitgehenden Genehmigungspflicht im landwirtschaftlichen Grundstücksverkehr liegt in der damit notwendig verbundenen Verzögerung. Das Rechtsgeschäft hängt vom Abschluß bis zur Genehmigung in der Schwebe. Damit dieser Nachteil, der auch den volkswirtschaftlich erwünschten Grundstücksverkehr trifft, die Vorteile des Gesetzes nicht überwiege, ist eine rasche Entscheidung erforderlich, die eine genaue Kenntnis der Bestimmungen voraussetzt. Hierbei wird das vorliegende Buch ein willkommener und ausgezeichneter Helfer sein. Es wird aber außerdem den Stellen des Reichsnährstandes, dem Notar, Anwalt und Verwaltungsbeamten dienen, um aufklärend wirken und unerwünschten Grundstücksverkehr von vornherein verhindern zu können.

Dr. Hanns Kirchmann, München.

Heinrich Schönfelder: Deutsche Reichsgesetze. Sammlung der 260 wichtigsten Gesetze und Verordnungen auf den Gebieten des Verfassungs-, Zivil-, Straf- und Verfahrensrechts. Ergänzungsblätter Sept. 1938. (1. Lieferung zur 9. Aufl.) 187 Blatt. Verlag C. H. Beck. Preis der Lieferung 3,80 RM.

Die Lieferung enthält Ergänzungs- und Ersatzblätter, so z. B. für das BGB., die ZPO. und das StGB., ferner das neue EheG., TestamentG., SchuldBereinG. Außerdem ist ein völlig überarbeitetes Sachverzeichnis in die Lieferung aufgenommen, das vornehmlich den zahlreichen Änderungen des BGB. Rechnung trägt.

D. S.

Handbuch der Reichsversicherung. Loseblattwörterbuch über Gesetzgebung, Rechtsprechung, Verwaltungspraxis und Schrifttum der Sozialversicherung. Stuttgart. Verlag W. Kohlhammer. 37.—43. Lieferung. Preis für das Blatt 0,10 RM und Porto.

Einführung des deutschen Beamtenrechts im Lande Österreich. Ergänzungsheft zu den Ausgaben des deutschen Beamtenrechts. München und Berlin 1938. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 56 S. Preis kart. 0,80 RM.

Kraftverkehrsrecht von A bis Z. Handlexikon in Loseblattform; herausgegeben unter Mitarbeit führender Verkehrsrechtler von Dr. jur. Weigelt, Berlin. Berlin 1938. Deutsche Verlagsgesellschaft, Abt. Kraftverkehrsrecht. Nachträge 19—22. Preis je Blatt 8 Rpf.

Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung]

Strafrecht

Strafgesetzbuch

1. RG. — Tatsachen, die nicht erwiesen, sondern nur möglich oder wahrscheinlich sind, können den Strafausspruch nicht rechtfertigen (RGSt. 23, 91; 2 D 834/36: JW. 1937, 699 11).

(RG., 2. StrSen. v. 8. Sept. 1938, 2 D 470/38.)

*

2. RG. — Strafmaß.

Die ordentliche Strafe des § 177 StGB. ist Zuchthaus. Den milderen Strafrahmen wählt das Gericht, wenn es die Überzeugung gewinnt, daß die ordentliche Strafe bei Berücksichtigung aller Umstände zu hart ist. Einen allgemeinen Satz des Inhalts, daß eine bisher gute Führung und Unbestraftheit noch nicht die Annahme mildernder Umstände rechtfertige, hat die StrK. nicht aufgestellt. Das wäre allerdings rechtsirrig gewesen. Bei dem gleichzeitigen Hinweis darauf, daß der Angekl. aus geordneten Verhältnissen stamme, verheiratet sei und niemals die Not kennengelernt habe, und daß daher seine bisherige Straflosigkeit kein besonderes Verdienst bedeute, hat die StrK. zum Ausdruck gebracht, daß bei diesen für den Angekl. günstigen äußeren Lebensverhältnissen stärkere Anforderungen an seine Widerstandskraft gegenüber an ihn herantretenden Versuchungen gestellt werden müßten. Wenn ihm dann aus dieser Erwägung mildernde Umstände nicht zugebilligt worden sind, so ist das rechtlich nicht zu beanstanden. Bei dem Strafmaß selbst hat das Urteil die bisherige Straflosigkeit berücksichtigt.

(RG., 2. StrSen. v. 17. Okt. 1938, 2 D 527/38.)

*

3. RG. — § 227 StGB. Entfernt sich einer von drei an einer Schlägerei Beteiligten, ehe die Tötung oder schwere Körperverletzung eines der beiden anderen Beteiligten erfolgt, so handelt es sich nur noch um einen Streit zwischen zwei Personen, auf den § 227 StGB. nicht anwendbar ist.

Nachdem der Angekl. E. den später verstorbenen B. gestoßen hatte, schlug der Angekl. D. den E. mit seiner Kaffeeflasche von hinten in den Rücken. Darauf ging auch B. mit seiner Kaffeeflasche gegen E. tätlich vor. Dieser versuchte sich im Zurückgehen gegen die Schläge zu schützen, indem er seine Hände über den Kopf hielt. Dann zog er seinen Dolch und schlug damit auf B. ein. In diesem Augenblick ließ D. von E. ab und entfernte sich. B., infolge des Blankziehens der Waffe gereizt, sprang auf E. los, brachte ihn zu Fall und schlug auf den am Boden Liegenden mit der Kaffeeflasche ein. E. wehrte sich und brachte B. mit seinem Dolch einen Stich bei, an dessen Folgen B. verstarb.

Das LG. hält den Tatbestand des § 227 StGB. für gegeben. Es führt aus, die Schlägerei sei nach ihrem Ablauf als eine einzige anzusehen, bei der zunächst drei Personen, und in einem örtlichen und zeitlichen Zusammenhang diese Schlägerei fortsetzend, zwei Personen beteiligt gewesen wären.

Die Auffassung des LG. ist von Rechtsirrtum beeinflußt. Eine Schlägerei i. S. des § 227 StGB. erfordert, wie auch das LG. an sich nicht verkennt, die Mitwirkung von mindestens drei Personen. Ist dem aber so, dann fand die Schlägerei als solche ihr Ende, als der Angekl. D. sich entfernte, und ging in einen Streit zwischen zwei Personen über. Während dieses Streites erfolgte der tödliche Stich.

In der Entscheidung RGSt. 61, 272 ist für den Fall eines von mehreren verübten Angriffs bereits ausgesprochen, daß die zum Tatbestande des § 227 StGB. gehörende Tötung oder schwere Körperverletzung zeitlich während des Angriffs verursacht sein und sachlich innerhalb seines Rahmens liegen muß. Der Senat teilt diese Rechtsauffassung, die in gleicher Weise bei einer Schlägerei Geltung haben muß. Zu einer weitergehenden Auslegung, daß auch eine nach Beendigung der Schlägerei im technischen Sinne erfolgte Tötung oder schwere Körperverletzung mit Rücksicht auf den inneren und äußeren Zusammenhang der Geschehnisse als durch die Schlägerei verursacht angesprochen werden könne, sieht der Senat nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes keinen Anlaß. Soweit in der älteren, den erk. Sen. nicht bindenden Rspr. (vgl. GoltdArch. 59, 332, 333) eine andere Auffassung vertreten wird, vermag er ihr nicht zu folgen. Die Entscheidung RGSt. 72, 73 (75) = JW. 1938, 792 11 steht der vorl. nicht entgegen, weil in dem ihr zugrunde liegenden Falle ein von mehreren gemachter Angriff auch zur Zeit der Verursachung der Tötung in der Tat vorlag, wenn auch das Bewußtsein der Beteiligung mehrerer dem Angekl. für diesen Zeitpunkt nicht nachzuweisen war.

Die Verurteilung der Angekl. aus § 227 StGB. konnte daher nicht aufrechterhalten werden.

(RG., 4. StrSen. v. 27. Sept. 1938, 4 D 646/38.)

*

4. RG. — §§ 258, 259 StGB. Eine Hehlerei verliert nicht dadurch die Eigenschaft einer selbständigen Handlung, daß sie gewerbsmäßig begangen wird (RG. v. 18. Juli 1938, 2 D 433/38: RGSt. 72, 285 = JW. 1938, 2338 13).

(RG., 3. StrSen. v. 13. Okt. 1938, 3 D 759/38.)

*

5. SchöffG. — § 263 StGB.; § 57 Abs. 1 a StraßVerkZulVO. Bedeutung der Streckenleistung und des Kilometerzählerstandes bei dem Handel mit gebrauchten Kraftwagen. Das Zurückstellen des Kilometerzählers oder gar der Einbau eines anderen Zählers mit niedrigerem Stand ist sittenwidrig und verstößt gegen die Grundsätze eines redlichen Handels. Ein solches Verhalten wird regelmäßig auch den Tatbestand des Betruges erfüllen, wenn der Verkäufer den Kauflustigen nicht ausdrücklich und eindeutig darauf aufmerksam macht, daß der Stand des Kilometerzählers mit der wirklichen Fahrleistung des Wagens nicht übereinstimmt. Diese Aufklärungspflicht ist eine Rechtspflicht des Verkäufers.

Der Angekl. St. ist Geschäftsführer der Firma St., die in F. einen Handel mit gebrauchten Kraftfahrzeugen betreibt. Im Sommer 1937 kaufte er von einem Direktor B. einen gebrauchten Kraftwagen DKW Sonderklasse zum Preise von 910 RM. Bei der Übernahme des Wagens durch St. wies der Kilometerzähler eine Zahl von etwa 38 000 km auf. Da das Gehäuse des Tachometers und des, wie üblich, mit diesem verbundenen Kilometerzählers angeblich defekt war, wies der Angekl. St. den Zeugen Sta., der damals als Autoschlosser bei der Firma beschäftigt war, an, einen anderen Apparat einzubauen. Der Zeuge baute auch einen anderen, in der Werkstatt befindlichen passenden Tachometer mit Kilometerzähler in den Wagen ein. Der Kilometerzähler dieses Apparates zeigte jedoch als Gesamtzahl der registrierten Kilometer nur eine solche von etwa 23 000 km an.

Diesen Sachverhalt gibt der Angekl. St. ausdrücklich zu, er ist auch von dem Zeugen Sta. so bestätigt worden.

Der dem Angekl. St. bekannte Mitangeklagte K. kam dann eines Tages zu St. und sagte ihm, er habe einen Käufer für einen gebrauchten Wagen. St. zeigte ihm hierauf außer anderen in seiner Garage stehenden Wagen auch den fraglichen DKW mit dem Bemerken, daß dieser 1300—1250 RM koste.

An einem der nächsten Tage führte der Angekl. K. mit dem Zeugen Sta. den Wagen den Eheleuten M. vor. Käuferin war die Zeugin Ehefrau M. Nachdem K. zunächst 1350 RM für den Wagen verlangt hatte, kam der Kauf zum Preise von 1300 RM zustande. K. erhielt sofort 200 RM und bei der einige Tage später, am 1. Juli 1938, wieder durch ihn und Sta. erfolgten Ablieferung des Wagens den Rest des Kaufpreises. Er lieferte hiervon 1250 RM an die Firma St. ab und behielt für sich vereinbarungsgemäß 50 RM. Die der Käuferin ausgehändigte Quittung unterzeichnete er mit seinem Namen.

Auch insoweit stimmen die Einlassungen der Angekl. mit den Aussagen der Zeugen M. und Sta. überein.

Auf Grund der eidlichen und glaubwürdigen Aussage der Zeugin Ehefrau M. hat das SchöffG. noch Folgendes als erwiesen angesehen. Die Ehefrau M. wollte nur einen Wagen aus Privathand kaufen und auf keinen Fall von einem Händler. Sie frug daher, weil die Firma St. gut bekannt ist und ständig in den Zeitungen inseriert, den Angekl. K. ausdrücklich, ob der Wagen nicht von St. aus F. sei. Der Angekl. K. verneinte dies und fügte hinzu, er habe den Wagen von einem Dr. B. aus Br. übernommen. Weiter frug die Zeugin Ehefrau M. den Angekl. K., ob der angezeigte Stand des Kilometerzählers von etwa 23 000 km stimme. Der Angekl. K. erklärte hierauf, der Wagen sei bestimmt nicht mehr gelaufen.

Das Ehepaar M. machte bald nach dem Erwerb des Wagens eine größere Fahrt, auf der sich Mängel herausstellten. Insbes. hatte der Wagen einen zu großen Ölverbrauch. Nach Ansicht des Zeugen Autoschlosser L., zu dem der Wagen dann zur Reparatur gebracht wurde, mußte der Wagen nach dem Zustand des Motors mindestens schon 50 000 km gelaufen sein.

Nach diesen Feststellungen haben sich sowohl der Angekl. St., als auch der Angekl. K. je eines selbständigen Betruges gegenüber der Käuferin des Wagens, der Zeugin Ehefrau M., schuldig gemacht.

Der Angekl. St. hat sich gegen den Vorwurf, durch den Einbau eines Kilometerzählers mit niedrigerem Stand den Käufer getäuscht zu haben, mit folgender Einlassung verteidigt. Bei dem An- und Verkauf gebrauchter Kraftwagen spiele die Zahl der gefahrenen Kilometer keine wesentliche Rolle für die Bewertung des Wagens. Für den Sachkundigen sei vielmehr allein der tatsächliche Zustand des Wagens, insbes. des Motors, für die Preisfestsetzung maßgebend. Aber selbst wenn man die Zahl der gefahrenen Kilometer überhaupt berücksichtigen wolle, sei der Kilometerzähler als Beweismittel gänzlich wertlos, weil diese Apparate einmal nur sehr ungenau anzeigten und man auch nie wissen könne, ob der Zähler nicht zeitweise ausgesetzt habe und die Zahl der tatsächlich zurückgelegten Kilometer daher höher sei, als die angezeigten.

Mit dieser Verteidigung kann der Angekl. St. sein Verhalten jedoch nicht rechtfertigen. Es mag dahingestellt bleiben, ob in Händlerkreisen tatsächlich so wenig Wert auf die Streckenleistung eines gebrauchten Wagens und insoweit beweismäßig auch auf den Stand des Kilometerzählers gelegt wird. Richtig ist es in dieser Beziehung zwar, daß der Wert eines gebrauchten Kraftwagens maßgeblich nicht nur von der Zahl der mit ihnen zurückgelegten Kilometer abhängig ist, sondern in erster Linie auch davon, **wie** diese Kilometer gefahren worden sind. Ein schlechter und rücksichtsloser Fahrer kann einen Wagen schon nach kurzer Fahrtdauer in den schlechtesten Zustand versetzen, während ein guter und pfleglicher Fahrer auch nach großen Fahrleistungen noch einen guten und fahrtüchtigen Wagen vorweisen wird. Immerhin wird, einen normalen Gebrauch und eine normale Abnutzung vorausgesetzt, auch bei sachkundigen Händlern die Streckenleistung des Wagens nicht ganz unberücksichtigt bleiben, sondern mindestens einen der verschiedenen bei der Bewertung maßgeblichen Anhaltspunkte bilden. Das beweist allein die Tatsache, daß auch in den Anzeigen von Händlern häufig die Zahl der von dem angebotenen Wagen bisher zurückgelegten Kilometer angegeben wird. Diese Tatsache entspricht auch durchaus der Einstellung der beteiligten Käuferkreise, also der Verkehrsanschauung. Wie der Sachverständige bekundet hat, wie es aber im übrigen auch ganz offenkundig ist und keines weiteren Beweises bedarf, bildet in den Kreisen des kaufenden Publikums beim Ankauf und bei der Bewertung eines gebrauchten Kraftwagens neben dem Baujahr die Frage die Hauptrolle, wieviel Kilometer der Wagen schon zurückgelegt habe. Für den nicht besonders sachkundigen Käufer ist es doch so, daß man in einem gebrauchten Wagen zwar nie „drinsteckt“, daß im Zweifel aber der Abnutzungsgrad des Wagens doch in erster Linie von dem Umfange des Gebrauches abhängig ist. Dies zeigt sich ganz klar schon darin, daß der Kauflustige vor allem anderen stets nach der Streckenleistung zu fragen pflegt und oft seine Kaufabsicht ohne weiteres von einer bestimmten Höchstgrenze der Kilometerzahl abhängig macht, während andererseits der Verkäufer auch vielfach sofort und in erster Linie die Zahl der gefahrenen Kilometer angibt. Mag in Händlerkreisen aus vielleicht begreiflichen Gründen der Stand des Kilometerzählers weniger beachtet werden, für den Laien ist er er jedenfalls das erste, augenfälligste und daher maßgebliche Beweiszeichen für die Zahl der wirklich gefahrenen Kilometer.

Eine Zurückstellung des Zählers bzw. die Auswechselung gegen einen Zähler mit niedrigerem Stand, wird daher von jedem nicht den berufsmäßigen Händlerkreisen angehörigen Käufer eines gebrauchten Wagens stets als eine Handlung angesehen werden, durch die er sich getäuscht und betrogen fühlt. Aber auch der anständige und gewissenhafte Händler wird ebenso denken und handeln. Mag auch der Stand des Zählers durch Fehlerquellen der Apparatur, die übrigens jetzt gemäß § 57 Abs. 1 a StraßVerkZulVO. auf 2% der wirklich zurückgelegten Strecke beschränkt sind, nicht immer die wirkliche Höchstzahl der gefahrenen Kilometer angeben, so wird die angezeigte Zahl in aller Regel doch das Mindestmaß der Fahrleistung darstellen. Gegen die von dem Angekl. vertretene Auffassung von der gänzlichen Bedeutungslosigkeit des Standes des Kilometerzählers spricht auch die Tatsache, daß dem SchöffG. noch nie ein Fall unterbreitet oder auch nur bekanntgeworden ist, in dem bei dem Verkauf eines gebrauchten Wagens eine angeblich defekte Geschwindigkeitsmesser- und Kilometerzählerapparatur gegen eine zufällig vorhandene ausgetauscht worden wäre, die einen höheren Stand des Kilometerzählers als die wirklich zugehörige aufgewiesen hätte. Jedenfalls würde in einem solchen Falle der Verkäufer, auch wenn er Händler wäre, bestimmt nicht verfehlen, den Käufer nachdrücklichst darauf hinzuweisen, daß der Wagen tatsächlich weniger gefahren worden sei, als der Kilometerzähler anzeige.

Der Kilometerzähler muß also, wenn nicht als eine Urkunde, i. S. des § 267 StGB., so doch jedenfalls als ein besonders für das kaufende Publikum in erster Linie wichtiges und erhebliches Beweiszeichen für den Umfang der von dem betr. Wagen bereits bewältigten Fahrleistung angesehen werden.

Mit Recht ist daher gegen die früher leider vielfach geübte Unsitte, beim Verkauf gebrauchter Wagen den Kilometerzähler auf Null zurückzustellen, im Schrifttum und auch von den Industrie- und Handelskammern scharf Stellung genommen worden (s. die Aufsätze „Die neuen Roßtäuscher“, „Handelskammer gegen Roßtäuscher“, „Roßtäuscher endgültig ko“ in den Folgen 22 und 51 des Jahres 1937 und in der Folge 3 S. 13 aus dem Jahre 1938 des Schwarzen Korps und das Gutachten des Einigungsamtes für Wettbewerbsstreitigkeiten bei der Industrie- und Handelskammer Bremen, Einzelhandelsabteilung v. 18. Sept. 1937. Die Zurückstellung des Zählers wurde als sittenwidrig und als Verstoß gegen § 1 UnlWG. bezeichnet. Es liegt auf der Hand, daß der Einbau eines Zählers mit einem anderen, natürlich niedrigeren, Stand als der zu dem Wagen gehörige und bisher gebrauchte, noch ungleich gefährlicher und täuschender wirken muß, als das Zurückstellen auf Null, das ja immerhin ohne weiteres erkennen läßt, daß dieser Stand für die Leistung des Wagens bedeutungslos sein soll und muß.

Stimmt nun aus irgendeinem Grunde, insbes. wegen eigener Manipulationen des Verkäufers der Stand des Kilometerzählers mit der wirklichen Fahrleistung des Wagens nicht überein, so ist der Verkäufer auf jeden Fall verpflichtet, den Käufer hierüber aufzuklären und ihm den wahren Stand der Fahrleistung soweit er ihm selbst bekannt ist, zu offenbaren. Wenn der Verkäufer selbst hierüber keine zuverlässigen Angaben machen zu können glaubt, so muß er auch dies dem Käufer unzweideutig erklären. Auf gar keinen Fall aber darf der Verkäufer dem Käufer in einem durch ihn selbst herbeigeführten Irrtum über die Unrichtigkeit des Kilometerzählerstandes lassen. Ist derselbe geringer, insbes. erheblich geringer als die wahre Fahrleistung, so muß der Verkäufer den Käufer hierauf ebenso nachdrücklichst hinweisen, wie er das sicher tun würde, wenn der Stand einmal höher sein sollte. Andernfalls läßt er den Käufer in einem rechtserheblichen, von ihm selbst herbeigeführten Irrtum über den Umfang des Gebrauches des Wagens, der für die Kaufbereitschaft und die Preiskalkulation des Käufers von maßgeblichster Bedeutung sein muß. Verletzt der Verkäufer die ihm unter diesen Umständen obliegende Aufklärungspflicht, so beutet er den Irrtum des Kaufliebhabers arglistig zu seinen Gunsten aus und verletzt nicht nur Treu und Glauben, im rechtsgeschäftlichen Verkehr, die Grundsätze eines ehrlichen Handels, sondern auch das Strafgesetz. Die erforderliche Vermögensbeschädigung auf seiten des Käufers und die Absicht des Verkäufers, sich durch sein Verhalten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen (§ 263 Abs. 1 StGB.), ist aus der ganzen Sachlage heraus in solchen Fällen stets gegeben, und zwar selbst dann, wenn nach objektiven Maßstäben der vereinbarte Preis des Wagens auch unter Berücksichtigung der wirklich zurückgelegten Kilometerzahl noch als angemessen oder jedenfalls nicht als unangemessen angesehen werden müßte (wie dies nach dem Gutachten des Sachverständigen auch im vorl. Falle wegen der von dem Angekl. St. an dem Wagen vorgenommenen Verbesserungen und Instandsetzungen angenommen werden mag). Denn gerade bei dem Ankauf eines gebrauchten Kraftwagens durch einen Nichthändler spielen meist auch subjektive Bewertungsmaßstäbe eine erhebliche Rolle, und es kann keinem Käufer verwehrt werden, **seine** Kauflust und **seinen** Preis für einen bereits gebrauchten Gegenstand selbst zu bestimmen, mag er nun über oder unter einem objektiv errechneten Marktwert liegen. Gerade der Unterschied zwischen 23 000 und 38 000 km Fahrleistung bedeutet bei der Bewertung mehr als die bloße Differenzzahl von 15 000 km,

viele Käufer von dem Kauf eines bereits so lang gefahrenen Wagens selbst dann grundsätzlich nichts wissen wollen, wenn man ihnen den guterhaltenen Zustand des Fahrzeuges noch so genau nachweisen könnte und würde. Der Käufer ist immer dann geschädigt, wenn er einen gebrauchten Gegenstand, dessen gerechter Preis ja objektiv nicht so genau bestimmbar ist, wie der eines neuen, ungebrauchten Serienartikels, zu einem Preis kauft, den er bei Kenntnis wesentlicher Eigenschaften und Umstände der Kaufsache nicht bewilligt, bzw. bei deren Kenntnis er den Gegenstand überhaupt nicht gekauft haben würde. So hat in dem vorl. Falle auch die Zeugin M. glaubhaft erklärt, daß sie den Wagen nicht gekauft haben würde, wenn sie gewußt hätte, daß er schon 38 000 km gelaufen sei.

Der Verkäufer, der durch die betrügerische Handlung der Herbeiführung bzw. des Bestehenlassens und der Ausnutzung eines Irrtums über die Richtigkeit des Kilometerzählerstandes die gerade bei dem Handel mit gebrauchten Gegenständen immer recht intensiven und schwierigen Preisverhandlungen zu seinen Gunsten beeinflußt, erstrebt hierdurch einen rechtswidrigen Vermögensvorteil i. S. des § 263 Abs. 1 StGB. Auch der Angekl. St. hat dies im vorl. Falle getan. Nach seiner eigenen Einlassung hat er dem Mitangekl. K. über den Kilometerzählerstand bzw. über die Fahrleistung des Wagens überhaupt nichts gesagt. K. hat zwar behauptet, er habe St. hiernach gefragt und dieser habe ihm gesagt, der Wagen habe so etwa 20 000—30 000 km drauf. Wenn letzteres richtig wäre, so würde der Angekl. St., der ja genau wußte, daß der Kilometerzähler des Wagens 38 000 km angezeigt hatte, welche Zahl also auch die Mindestleistung darstellte, den unrichtigen Stand des neuen Zählers nicht einmal entfernt berichtigt haben. Denn seine mündliche Erklärung ließe ja nicht nur die übrigens ungenügende Möglichkeit einer höheren, sondern sogar noch die einer geringeren Kilometerzahl zu und bliebe in jedem Falle weit unter der wahren Mindestleistung von 38 000 km. Folgt man aber der eigenen Einlassung des Angekl. St., so hat er bei dem Verkauf des Wagens die nach den obigen Ausführungen bestehende Rechtspflicht, den Käufer über den unrichtigen Stand des Kilometerzählers aufzuklären, verletzt und hierdurch betrügerisch gehandelt.

Der Angekl. St. ist also wegen Betruges zu bestrafen.

Wenn auch ein erheblicher Verdacht in der Richtung besteht, daß auch dem Angekl. K. der zu niedrige Stand des Kilometerzählers bekannt war, und daß beide Angekl. insoweit einverständlich und gemeinschaftlich gehandelt haben, so konnte diese Feststellung doch nicht mit einer zu einer entsprechenden Verurteilung genügenden Sicherheit getroffen werden. Es wurde daher, wie bei dem Angekl. St., so auch bei dem Angekl. K. insoweit nur von seiner eigenen Einlassung ausgegangen. Hiernach hat er selbst von dem unrichtigen Stand des Kilometerzählers und der wirklichen Fahrleistung des Wagens von mindestens 38 000 km nichts gewußt. Trotzdem hat er auch sich einer selbständigen Betrugshandlung gegenüber der Käuferin Ehefrau M. schuldig gemacht. Er hat nämlich, wie bereits oben festgestellt, der Zeugin M. auf deren ausdrückliche Frage, ob der Wagen auch nicht von St. sei, wahrheitswidrig vorgespiegelt, dies sei nicht der Fall, sondern er habe den Wagen direkt aus Privathand erhalten. Die Zeugin Ehefrau M. legte jedoch, wie mancher Käufer, besonderen Wert darauf, daß der Wagen nicht durch Händlerhand gegangen war, sie wollte nur direkt aus Privathand kaufen. Der Angekl. K. hat sie daher nur durch diese Täuschung zu dem Ankauf bewogen. Wie bereits ausgeführt worden ist, ist die Käuferin hierdurch auch in ihrem Vermögen geschädigt worden, während K. den Betrug in der Absicht begangen hat, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu erwerben, d. h. einen Vermögensvorteil, auf dessen Erwerb in dieser Art er keinen Anspruch hatte.

(SchöffG. Cottbus, Urt. v. 21. Okt. 1938, 3 Ls 3/38.)

*

6. OLG. — §§ 2, 331 ff., 359 StGB. Ein Angestellter der DAF. ist als Beamter im strafrechtlichen Sinne anzusehen und daher im Falle einer Bestechung in unmittelbarer Anwendung der §§ 331 ff. StGB. zu bestrafen; mindestens aber ist die entsprechende Anwendung der §§ 331 ff. StGB. geboten.

Dem LG. ist darin zu folgen, daß der Angekl. als Beamter i. S. von § 359 StGB. anzusehen ist. Der Angekl. war festbesoldeter Angestellter der DAF. Er war auch nicht nur mit der Erledigung rein mechanischer Arbeiten beauftragt. Wenn er auch nicht völlig selbständig in seiner Arbeit war, sondern vor Entscheidungen die Weisungen seiner Vorgesetzten einzuholen hatte, so arbeitete er doch innerhalb eines gewissen Rahmens selbständig und mit eigener Verantwortlichkeit.

Allerdings war der Angekl. nicht vom Staat, sondern von der DAF. angestellt. Die DAF. ist nach § 3 DurchfVO. z. Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 29. März 1935 ein der NSDAP. angeschlossener Verband. Ihre Aufgaben sind festgelegt durch die VO. des Führers über Wesen und Ziel der DAF. v. 24. Okt./12. Nov. 1934. Die Aufgaben nun, die der DAF. übertragen worden sind, sind von der allergrößten Bedeutung für das völkische Leben, sie laufen mit den Aufgaben und Zielen des Staates parallel, aber auch vielfach zusammen. Die DAF. hat das Ziel, für die Bildung einer wirklichen Volks- und Leistungsgemeinschaft aller Deutschen zu sorgen, sie hat dahin zu wirken, daß jeder einzelne seinen Platz im wirtschaftlichen Leben der Nation in der geistigen und körperlichen Verfassung einnehmen kann, die ihn zur höchsten Leistung befähigt (§ 2 der genannnten VO.). Weiter hat sie für die Sicherung des Arbeitsfriedens tätig zu sein, bei den Betriebsführern Verständnis für die berechtigten Ansprüche ihrer Gefolgschaft, bei der Gefolgschaft das Verständnis für die Lage und die Möglichkeiten des Betriebes zu schaffen. Sie hat zwischen den Interessen der Beteiligten jenen Ausgleich zu finden, der den nationalsozialistischen Grundsätzen entspricht. Ihr allein steht die Vertretung der Beteiligten zu (§ 7 der genannten VO.). Weiter ist der DAF. die Berufsschulung übertragen worden (§ 8 der genannten VO.) sowie das Vorschlagsrecht bei den Wahlen zu den Vertrauensräten in den Betrieben und die Bestimmung der Beisitzer der sozialen Ehrengerichte (§§ 8, 9, 41 ArbOG.).

Die Angestellten der DAF., die für diese Ziele der DAF. tätig sind, müssen in strafrechtlicher Beziehung den Beamten des Staates gleichgestellt werden, denn die Arbeitsfront übt in vieler Hinsicht hoheitliche Funktionen aus, die ihr gesteckten Ziele decken sich in mancherlei Beziehung mit denjenigen des Staates. Die der DAF. vom Führer übertragenen Aufgaben sind so wichtig für die Bildung und die Festigung der vom Staate erstrebten Volksgemeinschaft, daß es nicht verständlich wäre, die Angestellten der DAF. in bezug auf ihre persönliche Anständigkeit, Sauberkeit und Zuverlässigkeit anders zu beurteilen als die Beamten des Staates. Eine solche Auffassung entspricht auch allein dem gesunden Volksempfinden. Der einzelne Volksgenosse erwartet von den Angestellten der DAF. dieselbe Pflichttreue und dieselbe Zuverlässigkeit wie von den Beamten des Staates.

Es kann nicht verkannt werden, daß sich der Senat mit dieser Auffassung im Widerspruch befindet mit der Rspr. des RG. Allerdings hat das RG. in seiner Entsch. v. 18. Jan. 1934 (RGSt. 68, 20) ausgesprochen, daß ein Bannführer der Hitler-Jugend als Beamter i. S. von § 359 StGB. anzusehen sei. Im übrigen aber hat das RG., insbes. in der Entsch. v. 17. Juni 1935 (DJ. 1935, 1100), grundsätzlich ausgeführt, daß die Zwecke und Ziele der NSDAP. sich nicht mit denjenigen des Staates decken. Die Partei und ihre Gliederungen hätten dafür zu sorgen, daß sich der Staat auf dem der nationalsozialistischen Weltanschauung entsprechenden Wege weiter entwickele, sie hätten aber nicht selbst staatliche Aufgaben zu erfüllen. Allerdings hält es das RG. für möglich, daß, wenn der Partei, einer Gliederung oder einem angeschlossenen Verband im Einzelfalle aber allgemein staatliche Aufgaben übertragen werden, die Bestimmungen des StGB. über Beamtendelikte entsprechend anzuwenden seien (RG. v. 11. Nov. 1937: JW. 1938, 852).

Der Senat vermag dieser Auffassung des RG. nicht zu folgen. Die Grenzen zwischen den Aufgaben der Partei bzw. ihren Gliederungen und angeschlossenen Verbänden und denjenigen des Staates sind nicht derart scharf gezogen, daß in jedem Falle ein Unterschied zwischen Aufgaben des Staates und Aufgaben der Partei gemacht werden könnte. Gerade die Aufgaben der DAF. sind, wie oben dargelegt worden ist, für das staatliche und völkische Leben derart wichtig, daß es nicht möglich ist, sie als staatsfremde zu bezeichnen. Die dem Angekl. übertragenen Aufgaben in der DAF. machten es ihm zur Pflicht, an der Verwirklichung dieser staatspolitisch wichtigen Ziele an verantwortlicher Stelle mitzuwirken. Dementsprechend hat er auch als Angestellter der DAF. im strafrechtlichen Sinne als Beamter zu gelten. Notfalls sind wenigstens gemäß § 2 StGB. die Bestimmungen über Beamtendelikte entsprechend auf die Angestellten der DAF. anzuwenden.

(OLG. Hamburg, 1. StrSen. v. 1. Juni 1938, Ss 37/38.)

*

**** 7. RG. — § 359 StGB. Auch ein Lehrling kann Beamter i. S. des § 359 StGB. sein.**

Der Angekl. hat die Verfehlungen, wegen deren ihn das LG. bestraft hat, bei der Auszahlung und Verrechnung von 6000—7000 RM Unterstützungsgeldern im Dienstbetriebe des ArbA. in B. begangen. Mit Recht hat das LG. angenommen, daß der Angekl. infolge der Art der Tätigkeit, die ihm dienstlich übertragen worden war, als ein Beamter i. S. des § 359

StGB. anzusehen war. Zur Begründung hierfür kann auf das Urteil des erk. Sen. v. 12. Juni 1936: RGSt. 70, 234 = JW. 1936, 3005 [48] verwiesen werden. Kassengeschäfte in der Form, daß an einem Tage 6000—7000 RM in kleinen Teilbeträgen an zahlreiche Berechtigte ausgezahlt werden, sind nicht weniger bedeutsam und verantwortlich als die vorhergehende schriftliche Bearbeitung der Unterstützungsanträge, auf die sich die angeführte Entscheidung entsprechend dem damals abzuurteilenden Tatbestande bezog.

Auch daraus, daß der Angekl. bei dem Arbeitsamte noch zu seiner Ausbildung als „Kassenlehrling" auf Grund eines Lehrvertrages beschäftigt wurde, lassen sich keine Bedenken gegen die Beamteneigenschaft des Angekl. i. S. des § 359 StGB. herleiten. Mit Unrecht meint die Rev., die persönliche Stellung eines Lehrlings sei so unselbständig und abhängig, daß sie mit der Lage eines Beamten oder Angestellten nicht zu vergleichen sei, und daß ein Lehrling daher niemals Angestellter oder Beamter sein könne. Diese Ansicht der Rev. wird schon rein tatsächlich dem vorl. Fall nicht gerecht. Denn es ist festgestellt, daß die hier in Betracht kommende Auszahlung und Verrechnung der Unterstützungsgelder von dem Angekl. unter eigener selbständiger Verantwortung vorzunehmen war, nachdem seine Lehrlingsausbildung schon so große Fortschritte gemacht hatte, daß ihm diese Verrechnungen in gleicher Weise wie einem schon vollkommen ausgebildeten Angestellten übertragen werden konnten; die Übertragung und die Art der dienstlichen Tätigkeit, aus denen sich die Beamteneigenschaft des Angekl. ergibt, wurden also im vorl. Falle überhaupt nicht dadurch beeinflußt, daß der Angekl. im Innenverhältnisse zum Arbeitsamt noch ein Lehrling war.

Darüber hinaus steht ganz allgemein die Tatsache, daß sich der Beteiligte noch in seiner Ausbildung befindet, an und für sich der Beamteneigenschaft i. S. des § 359 StGB. nicht entgegen. Beamte im staatsrechtlichen Sinne haben überaus häufig, bevor sie die Reife oder Fähigkeit zur staatsrechtlichen Anstellung in gewissen Ämtern erlangen, einen Vorbereitungsdienst durchzumachen, in dem sie bereits staatsrechtlich und dadurch auch strafrechtlich Beamte sind. Entsprechend können auch außerhalb des staatsrechtlichen Beamtenverhältnisses Dienstverrichtungen, die aus der Staatsgewalt abgeleitet sind und staatlichen Zwecken dienen, durch einen öffentlich-rechtlichen Auftrag schon einem Lehrling übertragen werden und ihn dadurch schon während der Lehrzeit zum Beamten i. S. des § 359 StGB. machen. Dem steht nicht entgegen, daß innerhalb eines Lehrverhältnisses dem Lehrherrn regelmäßig neben der fachlichen Ausbildung noch das Recht und die Pflicht zu einer gewissen allgemeinen Erziehung des Lehrlings, auch in sittlicher Richtung, zuzusprechen sind.

(RG., 1. StrSen. v. 14. Okt. 1938, 1 D 532/38.)

Blutschutzgesetz

**** 8. RG. — §§ 3, 5 BlutschutzG.; § 12 der 1. DurchfVO.**

1. Die die Rassezugehörigkeit nachweisenden Tatsachen müssen im Urteil angegeben werden.

2. Bei der Beschäftigung mit alltäglichen Haushaltsarbeiten bedarf es keines Vertrages.

3. Auch die Beschäftigung von Schulmädchen im Kindesalter ist verboten.

I. Das LG. hat weder die Abstammung der Angekl. noch die der in ihrem Haushalt beschäftigten Mädchen nachgewiesen. Es begnügt sich damit, im Urteil die Angekl. als jüdisch, die Mädchen als deutschblütig zu bezeichnen. Auf welchen tatsächlichen Unterlagen diese Feststellungen beruhen, ist nicht ersichtlich. Es ist möglich, daß es das LG. bereits an der nötigen Aufklärung hat fehlen lassen. Auf jeden Fall hätte es nach der Vorschrift des § 267 Abs. 1 StPO. im Urteil die Tatsachen angeben müssen, in denen es die Merkmale der jüdischen Abstammung bei den Angekl. und die Merkmale der deutschblütigen Abstammung bei den Mädchen erblickt. Der Mangel macht es dem RevG. unmöglich, nachzuprüfen, ob die Annahmen des LG. richtig sind; er ist auf die sachlich- und auf die verfahrensrechtliche Rüge der Rev. zu beachten.

Auf Grund der neuen Hauptverhandlung wird das LG. versuchen müssen, die Abstammung der genannten Personen von ihren Großeltern an im Urteil festzustellen. Daraus wird ohne weiteres ersichtlich sein, ob die Angekl. i. S. des BlutschutzG. Juden sind oder als solche gelten, ferner ob die Mädchen deutschblütig i. S. dieses Gesetzes sind (vgl. hierüber die eingehenden Ausführungen in RGSt. 72, 161 und die dortigen Nachweisungen früherer Entscheidungen). Endlich wird das LG. die Staatsangehörigkeit der Mädchen noch ausdrücklich festzustellen haben. (Vgl. auch JW. 1938, 1239. D. S.)

II. Im übrigen hätten die Ausführungen des LG. keinen Anlaß zu rechtlichen Bedenken gegeben.

a) Die Rev. behauptet, daß die beiden Mädchen, von denen das eine elf, das andere zwölf Jahre alt gewesen ist, nicht auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages im Haushalt der Angekl. beschäftigt gewesen seien. Der Ausdruck „Arbeitsverhältnis" setze einen solchen Vertrag voraus. Hierzu ist folgendes zu bemerken:

Das Wort „Arbeitsverhältnis" kommt im § 3 BlutschutzG. nicht vor, das den Juden die Beschäftigung weiblicher Staatsangehöriger deutschen Blutes unter 45 Jahren in ihrem Haushalte verbietet. Das Wort wird erst im § 12 der 1. DurchfVO. zu dem genannten Gesetz gebraucht; aber auch dort findet es sich nur in dem einen der beiden Fälle, die zu der mit Gesetzeskraft ausgestatteten Erläuterung des Begriffes „im Haushalt beschäftigt" angeführt sind. Danach ist eine verbotene Beschäftigung in einem jüdischen Haushalt immer dann gegeben, wenn die weibliche Person auf Grund eines Arbeitsverhältnisses in die Hausgemeinschaft aufgenommen, oder ferner unabhängig davon dann, wenn die weibliche Person mit alltäglichen Haushaltarbeiten oder anderen mit dem Haushalt in Verbindung stehenden Arbeiten beschäftigt wird. Im letzteren Falle kommt es also nach dem Wortlaut der Bestimmung nicht darauf an, ob die Aufnahme in die Hausgemeinschaft stattgefunden hat, auch nicht darauf, ob die häuslichen Arbeiten entgeltlich oder unentgeltlich, mit oder ohne einen rechtsgültigen Arbeitsvertrag vorgenommen werden. Daß dem Wortlaut auch der Sinn der angeführten Bestimmung entspricht, ergibt der Zweck, der mit ihr erreicht werden soll: Eine Deutschblütige soll durch keinerlei Dienstesaufgaben gezwungen sein, mit einem jüdischen Manne auf verhältnismäßig engem Raume und von der Außenwelt abgeschlossen zusammen zu sein; sie soll dadurch vor dem Mißbrauch ihres Abhängigkeitsverhältnisses geschützt werden. Bei Verrichtung von Arbeiten im Haushalt wird in der Regel ein Abhängigkeitsverhältnis der Arbeitenden von den erwachsenen männlichen Mitgliedern der jüdischen Hausgemeinschaft bestehen, gleichviel ob die Arbeiten auf Grund eines bürgerlich-rechtlichen Vertrages oder ohne einen solchen verrichtet werden. Es kann daher angenommen werden, daß der Gesetzgeber mit Absicht davon abgesehen hat, die Beschäftigung mit Haushaltsarbeiten erst dann zu verbieten, wenn sie auf Grund eines Arbeitsverhältnisses erfolgt. Ob hiervon eine Ausnahme in dem von der Rev. herangezogenen Falle zu machen ist, wenn die im Haushalt beschäftigte weibliche Person deutschen Blutes mit dem jüdischen Haushaltungsvorstand oder mit einem sonst der jüdischen Hausgemeinschaft angehörenden erwachsenen jüdischen Manne verschwägert ist, braucht nicht entschieden zu werden, da ein solcher Fall hier nicht vorzuliegen scheint.

Die Entscheidung RGSt. 71, 356 = JW. 1937, 3217 [9] steht der hier dargelegten Rechtsauffassung nicht im Wege; die Strafbarkeit nach den §§ 3, 5 BlutschutzG. ist dort lediglich aus der Aufnahme einer weiblichen Person deutschen Blutes in die Hausgemeinschaft abgeleitet worden. Es bedurfte also auch nach dem oben Gesagten für jeden Fall des Nachweises, daß die Aufnahme auf Grund eines Arbeitsverhältnisses erfolgte. Der erk. Sen. kann auch den Schluß nicht anerkennen, den die Rev. aus der Entscheidung RGSt. 71, 397, 403 = JW. 1938, 34 [9] gezogen hat. In dieser Entscheidung handelte es sich um weibliche Personen, die im Geschäft der Angekl. angestellt waren, bei denen also offensichtlich ein Vertragsverhältnis vorlag. Die Ausführungen dieses Reichsgerichtsurteils, die sich unmittelbar an die von der Rev. herangezogene Stelle anschließen, lassen deutlich ersehen, daß der damals erk. Sen. keinesfalls

ein Vertragsverhältnis zwischen dem Vorstand des jüdischen Haushalts und der daselbst Beschäftigten als eine der gesetzlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit ansieht.

b) Da die Angekl. die beiden Mädchen nicht gleichzeitig oder abwechselnd, sondern in getrennten Zeiträumen hintereinander beschäftigt haben, entspricht die — allerdings nicht näher begründete — Anschauung des LG., daß es sich um mehrere Straftaten handele, der natürlichen Auffassung. In RGSt. 71, 397, 404 = JW. 1938, 34[9] war die Sachlage anders. Immerhin wird es sich empfehlen, auf Grund der Hauptverhandlung das Verhältnis der Straftaten zueinander näher darzulegen.

c) Da in § 5 Abs. 3 BlutschutzG. für die hier in Betracht kommenden Straftaten Freiheitsstrafe und Geldstrafe wahlweise nebeneinander angedroht sind, kann der § 27 b StGB. nicht zur Anwendung kommen. Dadurch, daß das LG. Freiheitsstrafen gewählt hat, hat es genügend zum Ausdruck gebracht, daß es Geldstrafen dem Verschulden der Angekl. nicht für angemessen hält.

(RG., 1. StrSen. v. 11. Okt. 1938, 1 D 664/38.)

Strafverfahren

9. RG. — § 176 GVG. Die Pflicht des Vorsitzers zur Verhandlungsleitung erstreckt sich auf die Schlußvorträge (RGSt. 41, 259, 260). Es kann auch hierbei u. U. zulässig sein, dem Vortragenden das Wort zu entziehen. Die Ansicht aber, daß nur diese durchgreifende Maßnahme, dagegen nicht statt ihr Unterbrechungen und Vermahnungen zulässig wären, ist rechtsirrig (RGSt. 64, 57, 58).

(RG., 2. StrSen. v. 17. Okt. 1938, 2 D 527/38.)

*

10. RG. — §§ 74, 22, 24 StPO. Ein Sachverständiger kann wegen einer Ermittlungstätigkeit, die nicht sicherheitspolizeilichen Charakter hat, nicht abgelehnt werden.

Der Angekl. hatte den Sachverständigen P. als befangen abgelehnt. Das Gericht hat darauf beschlossen: „Der Antrag des Verteidigers, von der Vernehmung des Reichsrevisors P. als Sachverständigen mit der Begründung abzusehen, daß dieser befangen sei, wird abgelehnt, weil der Sachverständige im Ermittelungsverfahren weder als ein Organ der Polizei noch als Hilfsbeamter der StA. tätig gewesen ist, vielmehr nur eine beratende Tätigkeit für die StA. ausgeführt hat, und weil auch sonst keine Gründe vorliegen, die den Vorwurf der Befangenheit für den Sachverständigen, der selbst nach seiner Erklärung sich nicht für befangen hält, rechtfertigen." Die Ablehnung eines Sachverständigen ist aus denselben Gründen möglich, wie die Ablehnung eines Richters (§ 74 Abs. 1 StPO.); also gemäß § 24 Abs. 1 und 2 sowie § 22 Nr. 4 StPO. dann, wenn der Sachverständige in der Sache als Beamter der StA. oder als Polizeibeamter tätig gewesen ist; ferner nach § 24 Abs. 2 StPO. dann, wenn ein Grund vorliegt, welcher geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Sachverständigen zu rechtfertigen. Nach der Revisionsrüge des BeschwF. hat der Sachverständige eine Ermittelungstätigkeit vorgenommen, die nicht sicherheitspolizeilichen Charakter hatte. Eine derartige Tätigkeit fällt aber nicht unter § 22 Nr. 4 StPO., wie die Rev. selbst nicht verkennt (vgl. dazu RGSt. 36, 209). Daß ein sonstiger Befangenheitsgrund vorliegt, hat der Tatrichter verneint; diese Annahme ist in der RevInst. nicht nachprüfbar (RGSt. 25, 361), es sei denn, daß ein Irrtum über den Begriff der Befangenheit vorliegt (vgl. die von der Rev. selbst angezogene Entscheidung: JW. 1931, 2504[30]). Ein solcher Irrtum ist aber nicht ersichtlich.

(RG., 4. StrSen. v. 18. Okt. 1938, 4 D 707/38.)

*

11. RG. — § 244 StPO. Die zur Beurteilung der Aussagen Jugendlicher erforderliche Sachkunde muß den Gerichten im allgemeinen und insbes. namentlich dann zugebilligt werden, wenn sie häufiger in die Lage kommen, solche Aussagen in Verbindung mit öfter vorkommenden Lebensvorgängen zu bewerten (RGUrt. v. 6. April 1936, 2 D 151/36: JW. 1936, 1976[44]); diese Voraussetzungen sind bei einer Jugendschutzkammer regelmäßig gegeben. Lediglich bei Fällen, in denen wegen einer Besonderheit der Sachlage Zweifel aufkommen mußten, ob dem Gericht nach der Lebenserfahrung die ausreichende Sachkunde innewohnen kann, hat das RG. in der Nichtzuziehung eines Sachverständigen eine Verletzung der Aufklärungspflicht gefunden (vgl. die angeführte Entscheidung 2 D 151/36, sowie RGUrt. v. 5. Febr. 1937, 4 D 39/37: JW. 1937, 1360[82]).

(RG., 2. StrSen. v. 17. Okt. 1938, 2 D 527/38.)

*

12. RG. — § 261 StPO. Straftaten müssen nachgewiesen sein; der Nachweis läßt sich nicht mit einer „Erfahrungstatsache" führen.

Zu rechtlichen Bedenken Anlaß gibt die Erwägung der StrK., schon die „Erfahrung des Lebens" spreche dafür, daß der Angekl. sich „bei seinem flotten Durchfahren dieser Wegstrecke" mit seinem 1,40 m breiten Wagen „nicht auf seine rechte Fahrbahnhälfte beschränkt" habe. Die StrK. sieht in dieser Fahrweise einen Verstoß gegen § 8 Abs. 2 StraßVerkO., also eine strafbare Handlung. Dann aber war es unzulässig, den Nachweis für dieses als strafbar angesehene Verhalten des Angekl. auch mit der Erfahrungstatsache zu begründen, daß Kraftfahrer unter den obwaltenden Umständen so zu fahren pflegten; denn grundsätzlich muß jede Straftat dem Täter nachgewiesen werden. Der allgemeine Schluß, daß ein bestimmter Verstoß weit verbreitet und darum — auf Grund der Lebenserfahrung — anzunehmen sei, auch der Angekl. habe ihn begangen, ist unzulässig. Diese Beweisführung würde darauf hinauslaufen, die Straftat zu „vermuten", weil die besonderen Umstände des Falles zu ihr anreizten und sie daher in solcher Lage häufig begangen werde. Eine derartige Würdigung steht mit den Grundsätzen des heutigen Verfahrensrechts in Widerspruch. Sie verstößt gegen § 261 StPO., dessen Verletzung die Rev. ausdrücklich rügt.

(RG., 4. StrSen. v. 21. Okt. 1938, 4 D 730/38.)

Zivilrecht

Bürgerliches Gesetzbuch

13. OLG. — §§ 195, 196 BGB.; § 104 ZPO.

1. Der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten gegen die Gegenpartei verjährt in 30 Jahren.

2. Ein Antrag auf nachträgliche Festsetzung von Kosten ist unzulässig, wenn die Voraussetzungen der Verwirkung vorliegen.

Die Einrede der Verwirkung, die die Kl. dem Kostenerstattungsanspruch des Bekl. entgegensetzen wollen, ist eine Einwendung, die ihre Erstattungspflicht als solche und nicht den Betrag der Kosten betrifft, und kann deshalb, ebensowenig wie die Verjährungseinrede, im Kostenfestsetzungsverfahren berücksichtigt werden.

Gleichwohl ist der Verwirkungsgedanke für den zu entscheidenden Fall von ausschlaggebender Bedeutung, weil er nicht nur eine Einrede der Partei gegen den Anspruch begründen, sondern u. U. auch die verspätete Geltendmachung des Erstattungsanspruchs als unzulässig erscheinen lassen kann.

Seit der Entscheidung der VerZivSen. des RG.: RGZ. 27, 402 ist in der Rspr. anerkannt, daß gegen die Zulässigkeit wiederholter Kostenfestsetzungen im gleichen Rechtsstreit Bedenken weder aus der Rechtskraft eines früheren Kostenfestsetzungsbeschlusses entnommen werden können, noch aus dem gesetzlichen Zwecke der Kostenfestsetzung, den einer Partei von der anderen zu erstattenden Kostenbetrag in erschöpfender und abschließender Weise festzustellen. Daraus darf aber noch nicht geschlossen werden, daß solche nachträgliche Kostenfestsetzungsanträge ohne jede zeitliche Beschränkung angebracht werden könnten und daß das Gericht diese Anträge stets dann sachlich prüfen müßte, wenn seit der früheren Festsetzung viele Jahre oder Jahrzehnte vergangen sind. Das wäre eine mißbräuchliche Inanspruchnahme der gerichtlichen Tätigkeit. Da selbst die erst nach 30 Jahren eintretende Verjährung des Kostenerstattungsanspruchs das Gericht nicht von der Verpflichtung entbinden würde, die nachträglich angemeldeten Kosten zu prüfen, müßte eine zeitlich völlig unbeschränkte Zulässigkeit von Nachanmeldungen zu völlig unmöglichen Ergebnissen führen. Von welchem Zeitpunkt an Nachanmeldungen von Kosten unzulässig sind, kann aber nicht für alle Fälle gleichmäßig festgestellt werden. Es sind vielmehr sehr wohl Fälle denkbar, in denen eine Ab-

lehnung der nachträglichen Kostenfestsetzung selbst nach einigen Jahren unbillig wäre, etwa weil die die Festsetzung beantragende Partei selbst erst nach Jahren auf Bezahlung von den fraglichen Rechtsstreit betreffenden Kosten herangezogen worden ist. Wohl aber muß das Recht einer Prozeßpartei, vom Gericht eine nachträgliche Festsetzung von Kosten zu verlangen, dann als verwirkt angesehen werden, wenn die verspätete Geltendmachung der betreffenden Erstattungsansprüche zugleich der erstattungspflichtigen Gegenpartei gegenüber einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen würde. Es ist dann nicht nur der Erstattungsanspruch gegen die unterlegene Partei, sondern auch der prozessuale Anspruch auf nachträgliche Festsetzung gegen das Gericht als verwirkt anzusehen, da dem Gericht nicht zugemutet werden kann, zur Verwirklichung eines gegen Treu und Glauben verstoßenden Verhaltens mitzuwirken.

Der Gedanke, daß auch prozessuale Rechte verwirkt werden können, ist von der Rspr. gerade für das Gebiet des Kostenrechts schon mehrfach anerkannt worden. Besonders deutlich ist das in der Entscheidung des OLG. Breslau: HöchstRRspr. 1936 Nr. 491 zum Ausdruck gebracht worden. Dort wird ausgeführt, daß die Streitwertbeschwerde nach § 18 Abs. 2 GKG. nicht noch nach Jahren erhoben werden darf, wenn das Verfahren längst abgewickelt ist. Der Rechtsgedanke der Verwirkung ergreife auch prozessuale Rechtsbehelfe. Diese würden unzulässig, wenn die Geltendmachung so lange verzögert werde, daß die Kostenberechnung längst abgewickelt sei und alle Beteiligten sich darauf eingestellt hätten, daß die Kostenfrage erledigt sei. Zu dem gleichen Ergebnis kommt auch Naumburg: DRechtspfl. 1936 Nr. 479 mit weniger scharfer Begründung. Ebenso hat das KG.: JW. 1931, 3574 und 1935, 2653 die Rückforderung von der Reichskasse ausgezahlter Armenanwaltsgebühren nicht schrankenlos, sondern nur innerhalb eines angemessenen Zeitraums für zulässig erklärt, da es nicht zu rechtfertigen sei, einen abgeschlossenen, durch Kostenfestsetzung, Kostenzahlung und -verrechnung vollkommen erledigten Sachverhalt nur aus fiskalischem Interesse wieder aufzurollen, wenn nicht offensichtliche Irrtümer das erheischen, der Grundsatz der Rechtssicherheit müsse unter allen Umständen dem fiskalischen Interesse vorgehen. Dieser Ansicht hat sich der erk. Sen. in seinem Beschlusse 14 W 740/36 v. 23. Febr. 1937, Kartei Nr. 98, angeschlossen. Endlich hat auch KG.: JW. 1938, 2488 die Frage der Verwirkung bei einem erst nach einigen Jahren geltend gemachten Erstattungsanspruch eines ArmAnw. nach § 124 ZPO. geprüft. Der Senat trägt deshalb keine Bedenken, auch einen erst nach Jahren geltend gemachten Kostenerstattungsanspruch beim Vorliegen der für eine Verwirkung zu erfordernden Voraussetzungen als unzulässig zu behandeln. Dazu genügt allerdings, wie KG.: JW. 1938, 2488 zutreffend ausführt, die bloße Tatsache des reinen Zeitablaufs nicht, sondern es müssen noch weitere Umstände hinzutreten, die das nachträgliche Festsetzungsverlangen als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen lassen. Der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit, der Gemeinschaftsgedanke, die billige Rücksicht auf die Lage des Verpflichteten; die Verkehrssitte, der Vertrauensschutz, die konkrete Rechtspflicht zur rechtzeitigen Geltendmachung des Anspruchs erfordern, daß der einzelne sich hinsichtlich der Verwirklichung von Rechten so verhalte, wie das Verhalten jedes einzelnen der Gemeinschaft am zuträglichsten ist (RG.: JW. 1937, 2266).

(OLG. Dresden, Beschl. v. 28. Sept. 1938, 14 W 317/38.)

*

14. RG. — §§ 276, 823, 831 BGB.; § 1 Abs. 2 RGes. über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung v. 26. März 1934 (RGBl. I, 243).

1. Verletzt ein Angestellter eine von ihm vertraglich übernommene Pflicht und führt er dadurch die Körperverletzung eines Dritten herbei, so begeht er eine unerlaubte Handlung gegenüber diesem Dritten. Das gilt erst recht, wenn es sich um ein Abkommen zweier öffentlich-rechtlicher Verbände handelt.

2. Gerade auf dem Gebiet der Fürsorge für die Verkehrssicherheit auf den Straßen hat das RG. den Grundsatz aufgestellt, die Verwaltungsorganisation müsse so eingerichtet sein, daß sich immer ein verfassungsmäßiger Vertreter ergibt, der zur Überwachung verpflichtet ist.

Der Kl. wohnt in O., einem Vorort von B., der zu dem Landkreis B. gehört. Am 14. Jan. 1936 gegen 8[15] Uhr, als er in der R.er Heerstraße vor der Schule des Ortes vorbeikam, stürzte er auf dem Bürgersteig und erlitt einen Schenkelhalsbruch. Der Kl. nimmt den B.er Staat auf Ersatz des ihm durch den Unfall entstandenen Schadens in Anspruch und verlangt Zahlung von 7000 *RM* nebst Zinsen. Er stützt den Anspruch darauf, daß zur Zeit des Unfalls an der Unfallstelle Glatteis vorhanden gewesen sei, das der Bekl. vorher hätte beseitigen müssen. Der Unfall sei darauf zurückzuführen, daß der Bekl. seiner Streupflicht nicht nachgekommen sei. Während das LG. die Klage abwies, erklärte das BG. den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. Die Rev. war erfolglos.

1. Der Bekl. wendet in erster Linie ein, daß nicht ihm, dem Staat B., sondern dem Landkreis B. in der R.er Heerstraße die Straßenbaulast obliege und daß deshalb, wenn die Streupflicht überhaupt verletzt sei, der Landkreis B. für die Folgen der Verletzung aufzukommen habe. Hierzu kommt folgendes in Betracht:

Vor der Neuordnung des Straßenwesens durch das Reich lag nach der B.er WegeO. v. 28. Okt. 1909 die „Wegepflicht" hinsichtlich der Heerstraßen — wie hier der R.er Heerstraße — dem B.er Staat ob. Durch das RGes. über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung v. 26. März 1934 (RGBl. I, 243) wurde die Straßenbaulast auf eine andere Grundlage gestellt. Nach § 1 Abs. 2 bestimmt der Generalinspektor für das Deutsche Straßenwesen, welche Straßen die Eigenschaft von Reichsstraßen und von Landstraßen I. und II. Ordnung haben. Nach § 2 Abs. 2 VO. zur Durchführung dieses Ges. v. 7. Dez. 1934 (RGBl. I, 1237) erhalten diese Straßen ihre Eigenschaft als solche Straßen durch Eintragung im Verzeichnis der entsprechenden Straßengruppe; jedoch kann nach Abs. 4 der Generalinspektor bei der erstmaligen Neueinteilung andere Bestimmungen treffen. Durch einen RdErl. v. 3. Jan. 1935 (Bl. 15) bevollmächtigte der Generalinspektor die Straßenbaubehörden der Länder, den als Landstraßen II. Ordnung in Aussicht genommenen Straßen mit Wirkung v. 1. April 1935 den Rechtscharakter solcher Straßen zuzuerkennen, auch ohne daß die Eintragung im Straßenverzeichnis erfolgt sei; diese sollte dann bis zum 1. April 1936 erfolgen. Unter Bezugnahme auf diesen Erlaß erkannte die Straßenbaubehörde des B.er Staates in einem an den Landherrn (den Leiter des Landkreises B.) gerichteten Schreiben v. 18. Sept. 1935 u. a. die hier in Rede stehende Straße mit Wirkung v. 1. April 1935 als Landstraße II. Ordnung an; sie fügte hinzu:

„Von diesem Zeitpunkt ab geht somit auch die Straßen(bau-?) Last gemäß § 7 DurchfVO. zum Ges. über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung v. 7. Dez. 1934 auf den Landkreis über. Um buchungstechnische Schwierigkeiten zu vermeiden, bitte ich um Ihr Einverständnis, es für dieses Jahr mit Bezug auf die finanzielle Regelung noch bei der bisherigen Regelung zu belassen und erst am Schluß des Jahres die neue Regelung in einer Schlußverrechnung zu berücksichtigen, wie es auch für die Landstraßen I. Ordnung vorgeschlagen ist."

Dementsprechend wurde in B. verfahren. Das BG. weist für die Zulässigkeit dieses Verfahrens darauf hin, daß nach § 8 der genannten DurchfVO. bis zur endgültigen Regelung der Verwaltung der Landstraßen II. Ordnung die Verwaltung von den Trägern der Straßenbaulast an diesen Straßen ausgeübt werde; soweit diese Träger am 1. April 1934 — dem Tage des Inkrafttretens des Ges. v. 26. März 1934 — keine eigene straßenbautechnische Dienststelle besaßen — und so lag es bei dem Landkreis B —, sollte die Verwaltung von den Straßenbaubehörden der Länder ausgeübt werden.

Das BG. unterstellt zugunsten des Bekl., daß über die Straßenunterhaltung kein ausdrücklicher Vertrag zwischen dem Landkreis und dem Bekl. geschlossen worden ist, wiewohl dieser im Armenrechtsverfahren erklärt hatte, die Abstumpfung bei Glatteis geschehe — wenn auch freiwillig aus Entgegenkommen gegenüber dem Verkehr — auf Grund eines schon jahrelang bestehenden Abkommens zwischen dem Landkreis B. und dem Bekl. durch diesen. Das BG. zieht aber aus den oben wiedergegebenen Vorgängen den Schluß, Kreis und Staat seien sich darüber einig gewesen, daß die tatsächliche Unterhaltung der Straßen nach wie vor durch den Staat erfolgen und nur ein finanzieller Ausgleich vorgenommen werden sollte; es weist noch darauf hin, daß der Staat — nicht der Kreis — gerade im Winter 1935/36 eine auch die Landstraßen II. Ordnung umfassende Streuorganisation im Landgebiet eingerichtet hat — mag

dies auch, soweit der Straßendamm in Betracht kommt, freiwillig im Interesse des motorisierten Verkehrs geschehen sein.

Die Schlußfolgerung des BG., daß der Bekl. dem Landkreis gegenüber die Straßenunterhaltung, soweit diese dem Landkreis oblag, übernommen habe, entspricht den tatsächlichen Vorgängen und ist nicht rechtsirrtümlich. Es kommt nicht darauf an, wie die Rev. meint, ob der Kreis durch ein solches Abkommen öffentlich-rechtlich von der Last befreit wurde; es handelt sich lediglich darum, ob der Bekl. durch Verletzung der von ihm übernommenen Pflicht Dritten gegenüber auf Grund unerlaubter Handlung verantwortlich werden konnte. Das ist zu bejahen entgegen der Annahme der Rev., daß es sich nur um das innere Verhältnis zwischen Staat und Kreis handeln könne. Der erk. Sen. hat erst neuerdings (RGZ. 156, 193, 198) unter Bezugnahme auf die frühere Rspr. ausgesprochen: Verletzt ein Angestellter eine von ihm vertraglich übernommene Pflicht und führt er dadurch die Körperverletzung eines Dritten herbei, so begeht er eine unerlaubte Handlung gegenüber diesem Dritten. Das gilt erst recht, wenn es sich um ein Abkommen zweier öffentlich-rechtlicher Verbände handelt.

Zu demselben Ergebnis kommt man aber auch dann, wenn man allein die von der Rev. erörterte Verwaltung zugrunde legt, die der Bekl. gemäß § 8 Abs. 2 DurchfVO. zu führen hatte, weil, wie die Rev. nicht verkennt, der Landkreis am 1. April 1934 keine eigene straßenbautechnische Dienststelle besaß. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern man in solchem Falle dem Landkreise die Verantwortlichkeit gegenüber dem Verkehr zuschieben könnte, wiewohl er selbst die zur Durchführung der Verwaltung geeigneten Organe nicht besitzt, auch nach dem Willen des Gesetzgebers vorläufig — und in dem hier maßgebenden Zeitpunkt — nicht zu besitzen braucht.

2. Nach § 12 DurchfVO. richtet sich der Umfang der Straßenbaulast bis zur Regelung durch ein RGes. nach den landesrechtlichen Bestimmungen. Das BG. stellt den Inhalt des b.ischen Rechts — in der RevInst. nach § 549 Abs. 1 ZPO. nicht nachprüfbar — dahin fest, daß dem Straßenbaupflichtigen die Pflicht obliegt, die Straße einschließlich des Bürgersteiges dem Verkehrsbedürfnis entsprechend zu unterhalten, und daß hierunter auch die Streupflicht fällt, soweit ihre Erfüllung nach den örtlichen Verhältnissen notwendig und zumutbar ist. Zutreffend nimmt die Rev. aber an, daß die Frage, ob der Bekl. schuldhaft seine Verpflichtung verletzt hat, dem Reichsrecht (§ 276 BGB.) angehört und deshalb der Nachprüfung durch das RevG. unterliegt.

Das BG. stellt folgendes fest: Die Unfallstelle liegt in einem Vorort B.s, der infolge fortschreitender Bebauung einen erheblichen Verkehr aufweist; viele Bewohner fahren insbes. in den frühen Morgenstunden in die Stadt B. Ein großer Teil dieses Verkehrs geht durch die R.er Heerstraße. Zu derselben Zeit gehen die Kinder in die Schule, die dicht an der Kreuzung zweier Hauptstraßen (der genannten Heerstraße und einer anderen) liegt, und zwar schräg gegenüber der Kirche und dem Pastorat. Vor der Schule ist der Kl. ausgeglitten. Daß der Unfall also an einem für den allgemeinen Verkehr besonders wichtigen Punkt erfolgt ist, kann nach diesen Feststellungen nicht in Zweifel gezogen werden. Es herrschte am Unfallmorgen nach 7 Uhr in der dortigen Gegend allgemein, nicht nur an der Unfallstelle, glättegefährliche Witterung; auch an verschiedenen anderen Stellen hat das BG. gefährliche Glätte festgestellt. Es nimmt weiter an, daß der Kl. infolge Eisglätte ausgeglitten ist. Es fragt sich deshalb, was der Bekl. getan hat, um den aus der Glätte dem Verkehr vorhandenen Gefahren vorzubeugen. Hierzu stellt das BG. folgendes fest:

Sechs Arbeitern, die an verschiedenen Stellen des Vorortes wohnten, war je ein Streubezirk zugeteilt. Sie hatten die allgemeine Anweisung, in ihrem Bezirk zu streuen, wenn sie auf dem Wege zu ihrer Arbeitsstelle Glätte bemerkten. Der Arbeiter D., in dessen Streubezirk die Unfallstelle fiel, ist an jenem Morgen auf seinem Wege zur Arbeitsstelle nicht durch die hier in Betracht kommende Verkehrsstraße gegangen. Es war nach seiner Aussage jedem einzelnen Arbeiter überlassen, zu entscheiden, ob gestreut werden müsse. Dasselbe bekundet der Zeuge R. und der Zeuge F., der auch nur eine allgemeine Anordnung erlassen hat, daß schon beim Anschein von Glatteis gestreut werden müsse. Der Zeuge B. hatte die Aufsicht über die Staatsarbeiter in einer ganzen Reihe von Bezirken; er bekundet, daß jeder Arbeiter wissen müsse, ob zu streuen sei. Das BG. vermißt vor allem eine Organisation, die Gewähr dafür bot, daß rechtzeitig gestreut wurde und insbes. in einer besonders wichtigen Verkehrsgegend, wie sie die Unfallstelle ist. Eine solche Gewähr muß aber bei einem umfangreichen Bezirk mit einer Anzahl von Arbeitern, wie er hier in Betracht kam, bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt geleistet werden; es hätte dafür gesorgt werden müssen, daß an einem Tage, an dem nach der Feststellung des BG. in der dortigen Gegend und nicht bloß an der Unfallstelle glättegefährliche Witterung herrschte, rechtzeitig gestreut wurde; dafür war aber nicht gesorgt. Außerdem vermißt das BG. mit Recht, daß für eine hinreichende Kontrolle der Arbeiter gesorgt worden ist; es hebt hervor, daß der Regierungsbaumeister K., der als Abteilungsleiter den Aufsichtsdienst über die Staatsarbeiter übernommen hatte, nach seiner Aussage vor dem Unfall — im Gegensatz zur späteren Zeit — überhaupt keine Kontrollbesuche zum Zwecke der Feststellung gemacht hat, ob bei Glatteis gestreut war. Erfahrungsgemäß ist aber mit einer sorgfältigen Erledigung der Streuarbeiten, insbes. in einem großen Bezirk nur zu rechnen, wenn sich die Ausführenden auch kontrolliert fühlen. Mit Recht nimmt das BG. deshalb an, daß der Bekl. für die Folgen einer mangelhaften Organisation haftet.

Die Rev. irrt, wenn sie auf den vom BG. festgestellten Tatbestand nur die Vorschrift des § 831 BGB. anwenden will. Gerade auf dem Gebiet der Fürsorge für die Verkehrssicherheit auf den Straßen hat das RG. den Grundsatz aufgestellt, die Verwaltungsorganisation müsse so eingerichtet sein, daß sich immer ein verfassungsmäßiger Vertreter ergibt, der zur Überwachung verpflichtet ist. Das ist bereits vor der Entscheidung in RGZ. 89, 136 = JW. 1917, 155 ausgesprochen und dort wiederholt; es ist zugleich grundsätzlich erfordert, daß das Gemeinwesen, das für die Verkehrssicherheit der Straßen zu sorgen hat, die geeigneten Anordnungen treffen muß, um die regelmäßige Unterhaltung und Beaufsichtigung des Straßenwesens zu gewährleisten, und daß es die Ausführung jener Anordnung fortlaufend erprobt und sicherstellt, indem es die Organisation und die Amtstätigkeit der dafür bestellten Beamten und Bediensteten im allgemeinen kontrolliert; kein Gemeinwesen tue in der in Rede stehenden Richtung genug durch Bestellung geeigneter Beamter, für die es sich nach § 831 BGB. entlasten könne; es habe außerdem in der bezeichneten Weise tätig zu werden, und diese Obliegenheiten wahrzunehmen, sei Sache der verfassungsmäßigen Vertreter, für deren Betätigung die juristische Person schlechthin hafte. Auch in der neueren Entscheidung des erk. Sen. in RGZ. 156, 228 = JW. 1938, 669 [15] mit Nachweisungen ist in demselben Sinne betont, die tatsächlichen Umstände des täglichen Lebens, insbes. des wirtschaftlichen Lebens, könnten es mit sich bringen, daß ein Vertreter nach § 30 BGB. bestellt werden müsse, für den eine Entlastung dem Dritten gegenüber nicht möglich sei. Es ist also verfehlt, wenn die Rev. darauf hinweist, daß der Regierungsbaumeister K. nicht zu den Beamten i. S. der §§ 31, 89 BGB. gehöre.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 12. Okt. 1938, VI 96/38.)

*

15. RG. — § 826 BGB. Wer die Erfüllung von Forderungen, die er selbst für unbegründet hält, dadurch betreibt, daß er die auf besonderen Umständen beruhende Willensschwäche des anderen mit Mitteln ausnutzt, die nicht beweiskräftig sind — wie ihm bekannt ist — und die er daher nur andeutet, handelt gegen das gesunde Volksempfinden.

Der Kl. verlangt vom Bekl. Rückzahlung von 23 000 RM. Er beruft sich auf die Vorschriften der §§ 104, 105, 138, 812, 826 BGB., ficht auch die der Zahlung zugrunde liegende Vereinbarung wegen Drohung an. Das LG. wies die Klage ab. Das BG. entsprach dem Klageantrage. Die Rev. war erfolglos.

Das BG. erörtert eingehend die innere Einstellung, die der Bekl. damals bei der Geltendmachung der Ansprüche gegen den Kl. gehabt hat. Es stellt fest, daß der Bekl. selbst an die

Rechtsgültigkeit und Durchsetzbarkeit seiner Ansprüche nicht geglaubt hat. (Wird ausgeführt.)

Dieser inneren Einstellung des Bekl. stellt das BG. die Lage des Kl. zu jener Zeit (Ende 1932 und Anfang 1933) gegenüber. Er litt unter schwersten moralischen Belastungen; seine Frau war schwer erkrankt gewesen und starb im November 1932, als die ersten Vorwürfe vom neuen Vorstand, der F.-Fabrik AG., deren Direktor bis dahin der Kl. war, gegen ihn erhoben wurden. Der Bekl., der in der gleichen Fabrik bis April 1933 beschäftigt war, war an der Vorbereitung der Entlassung des Kl. als Vorstand der Buchhaltung mittätig. Nach der Feststellung des BG. waren die Nerven des Kl. damals überansprucht; es fehlte ihm die für wichtige Entscheidungen und sorgfältige Nachprüfung der Verhältnisse erforderliche innere Widerstandskraft.

Alles dies hat der Bekl. nach der Feststellung des BG. gewußt. Er hat ferner dem Kl. nicht nur keine schlüssige Begründung für die fast 10 Jahre zurückliegenden Forderungen gegeben, sondern er ist dem Verlangen des Kl., die Unterlagen einsehen zu können, mit falschen Angaben ausgewichen; er wollte dem Kl. die Gelegenheit zur Nachprüfung nehmen. Das stellt das BG. an der Hand der Urkunden fest. Ob der Bekl. ausdrücklich mit der Anzeige bei der StA. gedroht hat, läßt das BG. zwar dahingestellt; es nimmt aber an, daß der Bekl. in Verbindung mit Beweismitteln, die zwar nicht zugänglich gemacht, aber geheimnisvoll angedeutet wurden, auf „weitere Schritte" hingewiesen und damit eine Einschüchterung des Kl. bezweckt hat. Er wollte mit der Klagedrohung die Angst ausnutzen, die der Kl. vor der Aufdeckung alter und unangenehmer Geschehnisse mit ihm nicht bekannten Beweismitteln hatte. Der Bekl. wollte dadurch, daß er im Zusammenhang mit seiner Erkrankung einem ihm befreundeten und — wie dem Kl. bekannt war — bei der StA. angestellten Justizinspektor mit der Verhandlung beauftragte, der beim Kl erschien, den Druck auf diesen verstärken; während er nach der Zahlung des Kl. 11 000 RM erlangt hatte, dehnte er nunmehr seine Forderung noch weiter aus. Diese Erweiterung ist nach der Überzeugung des BG. nur darauf zurückzuführen, daß der Bekl. mittels eines Beamten der StA., der nach der Annahme des BG. die Zusammenhänge nicht kannte, auf den bereits eingeschüchterten Kl. noch besonderen Eindruck zu machen hoffte. Der Kl. handelte so, wie der Bekl. es wollte, weil er befürchtete, der Bekl. könnte die Drohung wahr machen und die alten Vorgänge in unbekannter Richtung und mit unbekannten Beweismitteln aufdecken. Daß die Tätigkeit des Justizinspektors tatsächlich einen besonderen Eindruck auf den Kl. hervorgerufen hat, entnimmt das BG. daraus, daß er den Beamten im Dienstgebäude der StA. aufgesucht und dort den Vergleich geschlossen hat, durch den er sich zu noch mehr als zu den — nach der ersten Zahlung des Kl. — vom Bekl. geforderten Zinsen mit rund 10 300 RM verpflichtete.

Das BG. kommt nach alledem zu dem Ergebnis, daß der Bekl. dem Kl. vorsätzlich in sittenwidriger Weise Schaden zugefügt hat: Er wollte die persönliche und wirtschaftliche Zwangslage des Kl. und seine daraus hervorgegangene Willensschwäche und Angst ausnutzen, um dadurch Forderungen durchzusetzen, die er selbst nicht für gegeben hielt; er wandte auch sittenwidrige Mittel an, indem er Beweismittel, die nicht beweiskräftig waren und an deren Beweiskraft er selbst nicht glaubte, vorschützte, aber bewußt zurückhielt und indem er seine Forderungen erst allmählich steigerte, nachdem er den Kl. zunächst gefügig gemacht hatte. Das BG. gibt seiner Auffassung schließlich dahin Ausdruck, daß der Bekl. ein durch seine Bearbeitung überrumpeltes und wehrlos gemachtes Opfer ausplündern wollte.

Daß die Voraussetzungen des § 826 BGB. erfüllt sind, wenn man die tatsächlichen Feststellungen des BG. zugrunde legt, kann keinen rechtlichen Bedenken unterliegen. Wer Forderungen, die er nicht begründen kann und die er selbst nicht für begründet hält, auf dem Wege durchsetzt, daß er eine auf besonderen Umständen beruhende Willensschwäche des in Anspruch Genommenen mit Mitteln ausnutzt, die nicht beweiskräftig sind und an deren Beweiskraft er selbst nicht glaubt und die er deshalb dem anderen nur andeutet, sie ihm aber trotz seines Wunsches nach Aufklärung vorenthält, handelt in einer dem gesunden Volksempfinden widersprechenden Weise. Das, was der sittenwidrig Handelnde auf diesem Wege erlangt, hat er dem Geschädigten herauszugeben, ohne daß es darauf ankommt, ob der Geschädigte positiv das Nichtbestehen der Forderung nachweist — eine Voraussetzung, deren Vorliegen aber vom BG. nur hinsichtlich des ersten Anspruchs nicht ausdrücklich festgestellt wird.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 24. Sept. 1938, VI 110/38.)

*

16. RG. — § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der Schadensersatzanspruch gegen das Reich wegen einer von einem Beamten fahrlässig begangenen Amtspflichtverletzung entfällt nicht nur dann, wenn der Geschädigte es schuldhaft unterlassen hat, einen ihm gegenüber einem Dritten zustehenden rechtlich erzwingbaren Anspruch auf Schadenersatz durchzusetzen, sondern auch dann, wenn er eine tatsächliche Möglichkeit, den Schaden auf andere Weise zu beseitigen, schuldhaft nicht ausgenutzt hat.

Im Mai 1932 verkaufte der Kl. zwei ihm gehörige Grundstücke an die Witwe U. und deren Tochter. Nachträglich stellte sich heraus, daß der Kaufvertrag nichtig war, da der beurkundende Notar einen untauglichen Zeugen zugezogen hatte. Das AG. lehnte daher die Eintragung der Rechtsänderung wegen Formungültigkeit der Beurkundung des Rechtsgeschäfts ab. Die Vertragsparteien verhandelten daraufhin wegen einer Neubeurkundung des Kaufvertrages; diese Verhandlungen zerschlugen sich jedoch. Mit der vorl. Klage nimmt der Kl. das Deutsche Reich für allen ihm aus der Nichtigkeit der Vertragsbeurkundung entstandenen und noch entstehenden Schaden in Anspruch mit der Behauptung, der amtierende Notar habe durch die Beiziehung eines untauglichen Zeugen fahrlässig die ihm dem Kl. gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt. Er ist in allen drei Instanzen unterlegen.

Zu prüfen war, ob die Begründung, mit der das BG. dem Kl. einen Ersatzanspruch gegen das gemäß § 3 RechtspflÜberlG. v. 24. Jan. 1935, VO. über die Haftung des Reichs für die Justizbeamten v. 3. Mai 1935 und Art. 131 WeimVerf. an Stelle des (Bayr.) Notars haftende Reich überhaupt abspricht, das angefochtene Urteil trägt. Das BG. stützt seine den Ersatzanspruch des Kl. ablehnende Entscheidung auf die Bestimmung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB., nach der ein Beamter, der die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht fahrlässig verletzt, nur dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Es ist der Ansicht, diese Bestimmung greife hier deshalb ein, weil der Kl. das Scheitern des ganzen Vertragswerks dadurch verschuldet habe, daß er im November 1933, d. h. zu einer Zeit, in der seine Vertragsgegner noch bereit gewesen wären, den formnichtigen Vertrag durch Nachholung der formgültigen Beurkundung wirksam werden zu lassen, an seine Vertragsgegner das Ersuchen gestellt habe, einen Teil der nach dem Gesetz von ihm geschuldeten Umsatzsteuer zu übernehmen. Das BG. verkennt nicht, daß es sich bei der Versäumung dieser Möglichkeit, von den Vertragsgegnern selbst einen vollen Ersatz des ihm durch das angebliche Versehen des Notars entstandenen Schadens zu erlangen, um die Versäumung einer nur tatsächlichen Möglichkeit gehandelt hat. Es ist aber der Ansicht, daß i. S. der Vorschrift des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. die schuldhafte Versäumung einer nur tatsächlichen Möglichkeit zur Erlangung eines Schadensersatzes der Versäumung einer rechtlichen Möglichkeit gleichzustellen sei und daher ebenso wie diese die Entstehung eines Ersatzanspruchs an den Beamten oder den Staat hindere.

Die Rev. hält diese Ansicht ohne hinreichenden Grund für rechtsirrig. Sie meint, im Rahmen des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. könne nur die schuldhafte Nichtverwirklichung eines irgendwie in Betracht kommenden Anspruchs in Frage kommen; handele es sich lediglich um die schuldhafte Nichtbenutzung einer nur tatsächlichen Möglichkeit der Erlangung eines Schadensersatzes von dritter Seite, also um eine Möglichkeit, deren Verwirklichung der Geschädigte rechtlich nicht zu erzwingen vermöge, dann könne nur § 254 BGB. in Betracht kommen. Eine Prüfung des Maßes der beiderseitigen Schadensverursa-

chung auf der Grundlage dieser Vorschrift habe aber das BG. nicht vorgenommen.

Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Ihre Berechtigung läßt sich — entgegen der Meinung der Rev. — weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. herleiten. Das RG. hat wiederholt ausgesprochen, daß, sobald eine unerlaubte Handlung begangen ist, auch schon vor Eintritt des Schadens Rechtsbeziehungen zwischen dem Schädiger und dem Bedrohten geknüpft sind, welche in dem im Entstehen begriffenen Schuldverhältnis gewisse Sorgfaltspflichten des durch Schaden Bedrohten gegen den Schädiger begründen können. Die Abwendung eines aus bereits begangener unerlaubter Handlung drohenden Schadens ist vom RG. als eine im Rahmen des § 254 BGB. zu beachtende Verpflichtung des Bedrohten gegenüber dem Schädiger bezeichnet worden, deren Umfang sich aus § 276 BGB. bestimmt (RGZ. 141, 356 = JW. 1933, 2643 [5]). Die gleiche Verpflichtung besteht aber auch, soweit die Anwendung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. in Frage kommt. Hiernach erfüllt der Geschädigte i. S. des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. die ihm obliegende Pflicht der Schadensabwendung oder Schadensminderung nicht, wenn er es verabsäumt, auch eine sich ihm bietende Möglichkeit der Schadensbeseitigung zu benutzen, auf deren Verwirklichung er an sich keinen rechtlichen Anspruch hat. Voraussetzung ist dabei allerdings, daß die Ausnutzung einer solchen Möglichkeit nach den besonderen Umständen des Falles sich gerade für den Geschädigten nicht als unzumutbar erweist. Fälle, in denen dem Geschädigten die Ausnutzung einer rein tatsächlichen Möglichkeit der Schadensbeseitigung nach dem gesunden Volksempfinden nicht angesonnen werden kann, sind denkbar. Dann mangelt es eben auf seiten des Geschädigten an einem schuldhaften Verhalten. Fehlen aber besondere Umstände, die die Ausnutzung der nicht auf einem Rechtsanspruch beruhenden Möglichkeit der Schadensbeseitigung als unzumutbar erscheinen lassen könnten, dann fehlt jeder innere Grund, die Versäumung einer solchen Möglichkeit im Rahmen des § 839 Abs. 1 Satz 2 anders als die Versäumung der Geltendmachung eines auf Vertrag oder Gesetz beruhenden, also rechtlich erzwingbaren Ersatzanspruchs zu beurteilen.

Die Rev. kann sich zur Stütze ihrer abweichenden Ansicht auch nicht auf das Schrifttum und auf die Rspr. des RG. berufen. Im Schrifttum findet sich, soweit ersichtlich, nirgends die Auffassung ausdrücklich vertreten, daß im Rahmen des § 839 Abs. 1 Satz 2 nur die Nichtverwirklichung rechtlich erzwingbarer Ansprüche in Frage komme. Die Rspr. aber zeigt die unverkennbare Neigung, den Kreis der nach § 839 Abs. 1 Satz 2 in Betracht kommenden anderweiten Ersatzmöglichkeiten weit zu ziehen. In RGZ. 152, 20 = JW. 1936, 3383 [4] wird unter Hinweis auf einige inhaltlich gleichlautende Entscheidungen (RGZ. 138, 209 = JW. 1933, 778 [10] und RGZ. 145, 56 = JW. 1934, 2543 [4] der Gedanke zum Ausdruck gebracht, daß § 839 Abs. 1 Satz 2 keine Gleichartigkeit des Rechtsgrundes für die Haftung des Beamten und für den etwaigen Ersatzanspruch an den Dritten erfordere. In der Entsch.: SeuffArch. 88, 214 = HöchstRRspr. 1934, 1111 wird ausgeführt, nicht nur Ansprüche aus unerlaubter Handlung und nicht einmal nur Schadensersatzansprüche gegen einen Dritten ließen, falls sie begründet und durchsetzbar seien, die Haftung des nur für fahrlässige Amtspflichtverletzung verantwortlichen Beamten zurücktreten; auch die Möglichkeit, die eingetretene Vermögensänderung auf sonstige Weise, wie etwa durch die Geltendmachung eines Bereicherungsanspruchs, auszugleichen, müsse erschöpft sein, bevor gegen den Beamten ein Schadensersatzanspruch erhoben werden könne. Ähnliches ist in der Entscheidung des RG.: Gruch. 1904, 930 für die Möglichkeit einer Anfechtung und in dem Urteil des OLG. München: BayRpflZ. 1919, 293 für die Möglichkeit einer Aufrechnung gesagt. In der Entscheidung des RG.: DNotZ. 1934, 674 findet sich die Ansicht vertreten, daß der aus § 839 BGB. in Anspruch Genommene der Schadensersatzklage auch die Möglichkeit von Vollstreckungsmaßnahmen gegen Dritte oder von Vergleichsverhandlungen entgegenhalten könne. Der Rev. ist zuzugeben, daß diese Entscheidungen sich durchweg nur mit rechtlichen Möglichkeiten eines Schadensausgleichs befassen. Daraus ist aber nicht auf eine grundsätzliche Ablehnung der Berücksichtigung tatsächlicher Ausgleichsmöglichkeiten im Rahmen des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. zu schließen. Die letzterwähnte Entscheidung ist sogar ein deutlicher Beweis dafür, daß die Rspr. des RG. dazu neigt, in den Kreis der im Rahmen des § 839 Abs. 1 Satz 2 zu berücksichtigenden anderweitigen Ausgleichsmöglichkeiten auch die — in der Praxis wohl seltener vorkommenden — tatsächlichen Ausgleichsmöglichkeiten einzubeziehen. Es ist in der Tat kein Grund ersichtlich, weshalb für den Geschädigten in dem Falle des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. die Verpflichtung, eine rein tatsächliche Ausgleichsmöglichkeit auszunutzen, die ihm u. U. eine vollkommenere Wiedergutmachung des eingetretenen Schadens zu gewähren vermag, als dies die Wahrnehmung irgendeiner rechtlichen Ausgleichsmöglichkeit zu tun vermöchte, nicht in gleicher Weise bestehen sollte, wie die Verpflichtung, durch Verfolgung eines etwa bestehenden Anspruchs für Ersatz des entstandenen Schadens Sorge zu tragen. Im vorl. Falle hatte der Kl. auf die Neubeurkundung des nichtigen Vertrages, dessen vom Notar verschuldetes Nichtzustandekommen seine Vermögenslage verschlechtert hatte, keinen klagbaren Anspruch. Die vom BG. ausdrücklich festgestellte Bereitwilligkeit der alten Vertragsgegner, dem Vertrage durch formgültige Neubeurkundung die fehlende Wirksamkeit zu verleihen, schuf lediglich eine tatsächliche Möglichkeit, den entstandenen Schaden wieder zu beseitigen. Aber sie stellte eine umfassende Möglichkeit der Schadensbeseitigung dar. Sie zwang den Kl., abgesehen von den Zugeständnissen, die er bereits vor Kenntnis der Formnichtigkeit im Juni 1933 seinen Vertragsgegnern freiwillig gemacht hatte, zu keinerlei Opfern. Ihre Ausnutzung war geeignet, ihm den vollkommensten Schadensersatz, nämlich den Ersatz in Natur, zu gewähren. Angesichts dieser Tatsache wäre es schlechterdings unverständlich, dem Bekl. den Einwand aus § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. zu versagen, daß es der Klage an der erforderlichen Begründung fehle.

Die Rev. verweist zur Rechtfertigung ihrer rechtsgrundsätzlichen Bedenken auf die prozessualen Schwierigkeiten, die sich für den Geschädigten ergeben könnten, wenn er zur Begründung seiner Schadensersatzklage aus § 839 BGB. genötigt wäre, den Nachweis zu erbringen, daß er auch keine tatsächliche Möglichkeit versäumt habe, auf andere Weise Ersatz zu erlangen. Mit solchen Schwierigkeiten ist nicht ernstlich zu rechnen. Der Kl. kann sich, wie die Revisionsbeantwortung unter Bezugnahme auf die Entscheidung des RG.: DNotZ. 1935, 745 mit Recht ausführt, in der Regel zunächst darauf beschränken, die Ersatzmöglichkeiten zu widerlegen, für die sich aus dem Sachverhalt ein Anhaltspunkt ergibt. Sache des Bekl. ist es alsdann, dem Kl. die Versäumung anderer Ersatzmöglichkeiten nachzuweisen. Im vorl. Fall drängte sich die Frage, ob der Kl. nicht imstande gewesen wäre, durch Vermeidung grundloser Neuforderungen die durch das Entgegenkommen der alten Vertragsgegner geschaffene Möglichkeit eines formgültigen Neuabschlusses des Vertrages auszunutzen und dadurch seine Belange auf das vollkommenste zu wahren, aus der gegebenen Sachlage derart unabweisbar auf, daß eine Stellungnahme zu ihr schon in der Klageschrift als eine Selbstverständlichkeit erscheinen mußte.

Die Entscheidung des BG. ist hiernach in ihrem rechtlichen Ausgangspunkte nicht zu beanstanden. Das BG. stellt den Satz auf, die für Schadensfälle jeder Art dem Verletzten in § 254 Abs. 2 BGB. auferlegte Pflicht, den drohenden Schaden durch eigene Tätigkeit abzuwenden, sei für den Sonderfall des § 839 Abs. 1 Satz 2 zum Tatbestandsmerkmal des Schadensersatzanspruchs gegen den Staat erhoben; für eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens (§ 254 BGB.) sei im Fall des Eingreifens dieser Vorschrift ebensowenig Raum, wie im Fall des § 839 Abs. 3 BGB. Mit diesem Satze ist der Beurteilung des Streitfalles der richtige Weg gewiesen. Die Anwendung des § 839 Abs. 1 Satz 2 hat stets einen bereits entstandenen Schaden zur Voraussetzung. Diese Voraussetzung war hier gegeben. Der Schaden, die Verschlechterung der Vermögenslage des Kl., war durch das behauptete Amtsversehen unmittelbar herbeigeführt. Es war infolgedessen nur die Frage zu entscheiden, ob der Kl. die ihm nach der Vorschrift des § 839 Abs. 1 Satz 2

obliegende Verpflichtung erfüllt habe, alles zu tun, um von dritter, d. h. von irgendeiner anderen Seite, als von der des schuldigen Beamten Ersatz zu erlangen. Für eine Prüfung der Frage, ob der Schaden vorwiegend von dem Notar oder von dem Kl. verursacht worden sei, wäre nur dann Raum gewesen, wenn für die Entstehung des Schadens noch eine andere Ursache, als das angebliche Versehen des Notarbeamten in Betracht gekommen wäre. Das war aber nach dem Sachvortrage beider Parteien nicht der Fall.

(RG., V. ZivSen., U. v. 10. Okt. 1938, V 73/38.) [N.]

*

17. RG. — § 1179 BGB. Auch bei einer Löschungsvormerkung, die für den Hypothekengläubiger ohne Beschränkung auf diese Eigenschaft, also „schlechthin", eingetragen ist, kann der Löschungsanspruch u. U. als stillschweigend mit der Hypothek abgetreten gelten.

Die Kl. verlangt von dem Bekl. die Einwilligung, daß die für ihn im Grundbuche für O. Bl. 429 eingetragene Höchstbetragshypothek von 8500 *RM* gelöscht werde.

Das belastete Grundvermögen steht im Eigentum der Ehefrau K., die ebenso wie ihr Ehemann dem Bekl. als Streithelfer beigetreten ist. In Abt. III unter Nr. 8 wurde am 19. Febr. 1932 dort für das Reich eine Sicherungshypothek von 10 000 *RM* wegen einer die Frau K. ebenso wie ihren Ehemann treffenden Steuerschuld eingetragen. Die Steuer wurde am 11. Jan. 1933 gezahlt. Die Post wurde nunmehr als Eigentümergrundschuld angesehen und am 29. Mai 1934 in zwei Teile zerlegt (Abt. III Nr. 29); der eine Teil mit 8500 *RM* wurde unter Nr. 31 am selben Tage für den RA. Dr. K. als Sicherungshypothek umgeschrieben. Dr. K. trat diese später an den Bekl. ab, der am 13. Juli 1936 in Abt. III unter Nr. 36 eingetragen wurde.

Am 25. Febr. 1932 war in Abt. III unter Nr. 9 für die Allgemeine Deutsche Credit-Anstalt (= Adca.) in L. eine Buchgrundschuld von 25 000 GM. eingetragen worden; sie sollte die Forderungen der Adca. gegen den Ehemann K. sichern. Gleichfalls am 25. Febr. 1932 wurde unter Nr. 10 eine Vormerkung für die Adca. zur Sicherung eines Anspruchs auf Löschung der Hypotheken Abt. III Nr. 5 und 7 eingetragen. Am 30. Dez. 1932 wurde unter Nr. 12 für die Adca. eingetragen: „Vorgemerkt: Anspruch der Adca. auf Löschung der Sicherungshypothek unter Nr. 8 bei ihrer Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person." Zugrunde liegt der Eintragungsverfügung der Grundakten die Erklärung des K. für sich und zugleich in Generalvollmacht seiner Frau: „Ich verpflichte mich hiermit der Adca. gegenüber, die auf den ... mir, der mitunterzeichneten verehel. K. ... gehörigen Grundstücken eingetragenen Sicherungshypotheken, und zwar Bl. 429 ... 10 000 *RM* ... löschen zu lassen, wenn und soweit sich diese Hypotheken aus irgendeinem Rechtsgrunde mit dem Eigentum an den Grundstücken in einer Person vereinigt haben oder künftig vereinigen. Ich bewillige und beantrage ...: diese Löschungsansprüche der Adca. grundbücherlich vorzumerken. Die ... Löschungsansprüche sollen der Adca. schlechthin zustehen, insbes. nicht etwa derart beschränkt sein, daß sie ihr nur als Gläubigerin der für sie eingetragenen Gesamtgrundschuld von 25 000 GM. zustehen. Der mitunterzeichnete ... K. stimmt der ... Erklärung seiner Ehefrau zu."

Am 1. Febr. 1933 wurde in Abt. III Nr. 16 eingetragen, daß die Grundschuld Nr. 9 mit Zinsen seit 11. Jan. 1933 an die Kl. abgetreten sei. Unter Nr. 17 wurde gleichzeitig vermerkt, der durch die Vormerkung Nr. 10 gesicherte Anspruch der Adca. sei an die Kl. abgetreten, die Vormerkung Nr. 10 wurde auf letztere umgeschrieben. Erst in Nr. 35 findet sich unter dem 13. Juli 1936 der entsprechende Eintrag über Abtretung des durch die Vormerkung Nr. 12 gesicherten Anspruchs der Adca. und die Übertragung dieser Vormerkung an die Kl. Zugrunde liegt letzterem die Erklärung der Adca. v. 27. Mai 1936: „Für uns ... steht ... eine am 30. Dez. 1932 eingetragene Vormerkung auf Löschung der für den Reichs-Fiskus ... am 19. Febr. 1932 eingetragenen Sicherungshypothek von 10 000 *RM*, falls sich diese mit dem Eigentum in einer Person verbindet. Diese Vormerkung war für das evtl. Vorrücken unserer Grundschuld von 25 000 GM. bestimmt. Die ... Grundschuld haben wir bereits am 11. Jan. 1933 an — Kl. — abgetreten, und es ist damals übersehen worden, auch die Rechte aus der obigen Vormerkung auf die ... Bank mitzuübertragen. Wir treten deshalb hiermit noch nachträglich alle Rechte aus obiger Vormerkung an — Kl. — ab und bewilligen und beantragen, die Löschungsvormerkung auf die — Kl. — dergestalt umzuschreiben, daß sie künftig zu deren Gunsten gilt."

Die Kl. trug im ersten Rechtszug vor, die Vormerkung III 12 müsse als stillschweigend schon mit der Abtretung der Grundschuld III 9 an sie übergegangen gelten. Die Umschreibung v. 13. Juli 1936 verlautbare nur, was schon 1933 geschehen sei. Frau K. habe mit der Abtretung des Teils, der zur Eigentümergrundschuld gewordenen Post III 8 an Dr. K. gegen den vorgemerkten Löschungsanspruch verstoßen; diese Abtretung sei der Kl. gegenüber unwirksam; der Bekl. habe keine besseren Rechte als Dr. K.

Der Bekl. bekämpfte das. Er schloß sich im wesentlichen den Streitgehilfen an, die u. a. vortrugen:

Die Adca. sei am 9. Jan. 1933 wegen ihrer Forderung, für welche die Grundschuld III 9 bestellt gewesen sei, befriedigt worden. Damit sei die Grundschuld eine Eigentümergrundschuld geworden und die Vormerkung III 12 erloschen; die spätere Abtretung entbehre der Zustimmung der Frau K. Die Abtretung der Post III 9 am 1. Febr. 1933 sei unter Ausschluß der Vormerkung III 12 erfolgt, diese sei auch dadurch erloschen. Die Abtretung der zur Eigentümergrundschuld gewordenen Grundschuld III 9 sei nach § 138 Abs. 1 und 2 BGB. nichtig, weil der Kl. ein wucherisches und unsittliches Verhalten gegenüber den Streitgehilfen zur Last falle, wodurch die Kl. erreicht habe, daß Frau K. die Adca. angewiesen habe, die Post an die Kl. abzutreten.

Die Kl. trug vor, die Grundschuld III 9 habe am 1. Febr. 1933 der Frau K. als Eigentümergrundschuld zugestanden; die Abtretung durch die Adca. an die Kl. sei auf Veranlassung des K. und mit Zustimmung von Frau K. erfolgt, deren Anwalt die Abtretung notariell beglaubigt habe.

Das LG. gab der Klage statt.

Das OLG. wies die Klage ab.

Die Rev. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Das BG. ist der Ansicht, die Kl. habe nicht ausreichend dargelegt, daß ihr der Löschungsanspruch nach §§ 1179, 883 Abs. 2, 888 Abs. 1 BGB. zustehe.

1. Im Jahre 1933 sei der Anspruch nicht auf die Kl. übergegangen, als ihr die Grundschuld III 9 übertragen worden sei. Es habe auch ein stillschweigend erklärter Übertragungswille (vgl. RGZ. 143, 70 = JW. 1934, 756 [5] m. Anm.) gefehlt.

2. Die Abtretung von 1936 aber sei wirkungslos, weil die Adca. zu ihr nicht mehr befugt gewesen sei. Zwar habe sie den vorgemerkten Löschungsanspruch nicht dadurch verloren, daß sie „wegen ihrer Grundschuld" befriedigt worden sei, und auch nicht dadurch, daß sie die Grundschuld abgetreten habe; der Anspruch habe ihr nicht nur als Gläubigerin der Grundschuld, sondern schlechthin zugestanden, was zulässig sei (Urt. des erk. Sen. vom 18. Dez. 1931, V 178/31 = JW. 1932, 1550 [3]). Gleichwohl habe die Adca. aber aus diesem nur noch der Form nach ihr zustehenden Anspruch zu III 12 nicht gegen Dr. K. vorgehen dürfen; sie habe kein irgendwie geartetes Interesse an der Erfüllung gehabt, die Verfolgung würde gegen §§ 157, 226 BGB. verstoßen haben; sie hätte den Anspruch daher weder geltend machen noch abtreten dürfen, weshalb die Kl. ihn nicht erlangt habe.

Die Rev. greift beide Gründe an. Zu 1 wirft sie dem BG. vor, die Auslegungsmöglichkeiten nicht erschöpft zu haben. Die Adca. habe 1933 alle wirtschaftlichen Nebenrechte mitübertragen sollen und wollen. Ein Wille, den Anspruch zu III 12 nicht zu übertragen, habe nicht bestanden; es sei nur übersehen worden, ihn ebenso ausdrücklich zu übertragen, wie den Anspruch zu III 10; das schließe den im Zweifel anzunehmenden Veräußerungswillen nicht aus. Der Inhalt der Abtretungsurkunde von 1936 sei hierfür ohne Belang.

Schon diese Rüge muß Erfolg haben. Die Parteien haben nicht mehr bezweifelt, daß zu Anfang 1933 die Post III 8 eine Eigentümergrundschuld der Frau K. geworden war, daß infolgedessen der in III 12 gesicherte Löschungsanspruch hätte er-

hoben werden können und daß nicht die Grundschuld III 9 abgelöst (vgl. Schneider: JW. 1938, 1630), sondern die ihr wirtschaftlich zugrunde liegende persönliche Forderung der Adca. gegen K. zurückgezahlt wurde. Die Grundschuld und der Löschungsanspruch blieben auch nach der Schuldzahlung zunächst in der Hand der Adca., es war nicht eine Eigentümergrundschuld der Frau K. entstanden. Das Kreditverhältnis der Adca. zu den Eheleuten K. war beendet, die Eheleute traten in neue gleichartige Beziehungen zu der Kl. Dieser wollten sie die grundbuchlich gesicherte Stellung verschaffen, die der Adca. eingeräumt worden war. Sie taten das auf dem einfachsten Wege, indem sie die schuldrechtlich zur Aufgabe ihrer Rechte aus der Grundschuld verpflichtete Adca. anwiesen, an die Kl. abzutreten. Wie die Abtretungsurkunde ergibt, trat daraufhin die Adca. Rechte ab, die in mehreren Grundbuchblättern eingetragen waren, und zwar die Grundschuld samt vormerkungsgesicherten Ansprüchen; eine ausdrückliche Ausnahme wurde nur dahin ausgesprochen, daß ein Grundstück aus der Pfandhaft entlassen wurde. Die Nichterwähnung des Anspruchs zur Vormerkung III 12 des Grundbuchs Bl. 429 beruht, wie das BG. festgestellt hat und die Parteien nicht ernstlich bestreiten, lediglich auf einem Versehen. Der gleichliegende durch die Vormerkung III 10 gesicherte Anspruch ist abgetreten worden. Aus der Feststellung des BG. und aus der natürlichen Betrachtung der Vorgänge ergibt sich, daß diese beiden Ansprüche nicht verschieden behandelt werden sollten, sondern daß allgemein der Wille bestand und auch Ausdruck fand, alle mit der Grundbuchschuld zusammenhängende, vormerkungsgesicherten Löschungsansprüche als Nebenrechte mitübergehen zu lassen. Dadurch, daß beide Ansprüche für die Adca. „schlechthin", nicht nur in ihrer Eigenschaft als Gläubigerin der Grundschuld, begründet sein sollten, ergibt sich nicht etwa, daß eine stillschweigende Übertragung nicht angenommen werden könne, wenn bei Abtretung der Grundschuld der vormerkungsgesicherte Anspruch nicht mitaufgeführt und übertragen worden ist. Gewiß ist der Mitübergang zumal dann als stillschweigend gewollt anzusehen, wenn der Löschungsanspruch in der Weise beschränkt begründet worden ist, daß ein Hypothekengläubiger ihn nur als solcher — in dieser Eigenschaft — haben soll (RGZ. 143, 70 = JW. 1934, 756[5] m. Anm.). Daraus ergibt sich aber nicht, wie das BG. anzunehmen scheint, daß in dem Falle, wo der Anspruch einem Hypothekengläubiger ohne Beschränkung auf diese Eigenschaft, schlechthin, eingeräumt wurde, anders entschieden werden müsse. Es bedarf dann der Prüfung der tatsächlichen Vorgänge; ergibt sich aus ihnen, daß die Beteiligten alle Rechte abtreten wollten, die mit der Grundschuld in irgendeinem Zusammenhang standen, und traten sie, wie hier, ein völlig gleichliegendes Recht ab, übersahen aber irrtümlich das streitige Recht, so ist die Auslegung dahin geboten, daß der allgemeine Übertragungswille ausgedrückt sei und auch das streitige Recht mitumfasse, wenngleich es versehentlich nicht ausdrücklich erwähnt wurde. Danach bestehen nicht die vom BG. angeführten Bedenken gegen die Bejahung der Mitübertragung des Anspruchs zu III 12. Die Kl. hatte daher schon im Jahre 1933 den Anspruch auf Umschreibung auch der Vormerkung III 12 auf sie, falls nicht sonstige Hinderungsgründe bestehen. In letzterer Richtung ist eingewendet worden, die Kl. habe überhaupt keine Rechte erworben, weil ihr Wucher oder Unsittlichkeit nach § 138 BGB. zur Last falle. Die Stellungnahme hierzu muß dem BG. überlassen bleiben. Das gleiche ist der Fall bzgl. des Einwands der Verwirkung und eines die Kl. angeblich treffenden Vorwurfs des Verhaltens gegen Treu und Glauben.

(RG., V. ZivSen., U. v. 10. Okt. 1938, V 59/38.)

*

18. RG. — 1. §§ 1807 Abs. 1 Nr. 1, 1812, 1813 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Satz 2 BGB. Eine mündelsichere Vermögensanlage i. S. von § 1807 Abs. 1 Nr. 1 BGB. liegt nicht vor, wenn dem Mündel die Hypothek nicht zur dauernden Innehabung, sondern nur fiduziarisch zur Sicherstellung für ein von ihm gewährtes Darlehen bis zu dessen Rückzahlung übertragen wird.

2. §§ 1811, 1828—1831 BGB. Die „Gestattung" des § 1811 BGB. unterliegt nicht den in den §§ 1828—1831 BGB. enthaltenen Vorschriften über die Genehmigung.

Der für den verschollenen Kl. bestellte Pfleger S. hat dem Kaufmann N. aus dem Vermögen des Kl. ein verzinsliches Darlehen von 3000 RM gewährt. N. hat dem Pfleger als Vertreter des Kl. zur Sicherung wegen dieses Darlehens eine für ihn eingetragene Hypothek von 3000 RM abgetreten, wobei vereinbart worden ist, daß diese Hypothek an N. zurückübertragen werden solle, sobald N. den entliehenen Betrag nebst Zinsen dem Kl. zurückgezahlt haben würde.

Das RG. hatte die Frage zu prüfen, ob der Pfleger S. zum Rückempfang des dem N. gewährten Darlehens nach den §§ 1812, 1813 BGB. der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedurfte. Es hat die Frage verneint aus folgenden Gründen:

Bei der Gewährung des Darlehens an N. mittels des aus dem Vermögen des Kl. stammenden Geldes und seiner Sicherung durch Abtretung einer dem N. zustehenden Hypothek an den Kl. handelt es sich nicht um eine Anlegung von Mündelgeld i. S. des § 1807 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Diese Anlegung setzt voraus, daß die Anlegung in Forderungen erfolgt, für die eine sichere Hypothek an einem inländischen Grundstück besteht. Die Vorschrift hat also eine Anlegung im Auge, bei der das Mündel nicht nur rechtlich, sondern auch dem wirtschaftlichen inneren Geschäftszweck des Rechtserwerbs entsprechend Gläubiger der Forderung wird, für die die Hypothek besteht. Im vorliegenden Falle ist das Mündel zunächst Gläubiger einer Darlehnsforderung und weiterhin Abtretungsgläubiger einer Forderung geworden, für die eine Hypothek bestellt war. Dabei ist es aber im Innenverhältnis zu seinem Darlehnsschuldner nicht unbeschränkter Gläubiger der abgetretenen Hypothek geworden, sondern hat nur ein fiduziarisches Gläubigerrecht an der Hypothek übertragen erhalten, das nur so lange Bestand haben sollte, als das dem N. gegebene Darlehn nicht zurückgezahlt war, dem Mündel also nicht die größtmögliche Sicherheit gewährte, die es bei einem Erwerb zur dauernden Innehabung gehabt hätte. Das bedeutete keine mündelsichere Vermögensanlage i. S. des § 1807 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Der Fall gleicht grundsätzlich dem in Schrifttum und Rspr. erörterten Falle, daß beim Verkauf eines Mündelgrundstücks das Kaufgeld hypothekarisch gesichert stehenbleiben oder eine andere bereits vorhandene Forderung des Mündels durch eine Hypothek gesichert werden soll. Nach einhelliger Meinung finden auf einen solchen Fall die Vorschriften über die Mündelsicherheit von Hypotheken keine Anwendung (vgl. Planck, „BGB."[3] § 1807 Anm. 4a Abs. 2; Warn., „BGB." § 1807 Anm. Abs. 3; Hölder-Fuchs § 1807 Anm. 1; Soergel § 1807 Anm. 3; Staudinger § 1807 Anm. 1a Abs. 3; RGR-Komm. § 1807 Anm. 2 Abs. 2 a. E.; KG.: JFG. 8 S. 53).

Es handelt sich also im vorliegenden Fall um eine andere Anlegung als um die in den §§ 1807, 1808 BGB. vorgeschriebene. Diese andere Anlegung ist dem Pfleger S. gem. § 1811 BGB. vom Vormundschaftsgericht mit dem Schreiben v. 24. Mai 1928 (nachträglich) gestattet worden. Diese Erlaubnis deckte den Kl. dem Vormundschaftsgericht gegenüber. Sie war auch voll wirksam, da die Vorschriften der §§ 1828 bis 1831 BGB. auf die „Gestattung" des § 1811 nicht anwendbar sind (RG: JW. 1917, 290).

Hieraus folgt, daß der Pfleger S. zum Rückempfang des dem N. gewährten Darlehns von 3000 RM nach § 1813 Abs. 1 Nr. 3 BGB. nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedurfte. Die Ausnahmevorschrift des § 1813 Abs. 2 Satz 2 fand keine Anwendung, weil es sich bei der Darlehnsgewährung um eine nach § 1811 BGB. gestattete „andere Anlegung" gehandelt hat (Staudinger § 1813 Anm. 1c).

(RG., V. ZivSen., U. v. 6. Okt. 1938, V 54/38.) [N.]

Personenstandsgesetz

19. KG. — §§ 21 Nr. 4, 45, 49 RPersStG. v. 3. Nov. 1937; § 1 der 2. VO. zur Durchführung des Ges. über Änderung von Familiennamen und Vornamen v. 17. Aug. 1938 (RGBl. I, 1044); RdErl. des RMdJ. v. 18. Aug. 1938 (RMBliV. 1345).

Der Standesbeamte kann nicht angehalten werden, für ein deutsches arisches Kind einen Vornamen in das Geburtenbuch

einzutragen, der zwar nichtjüdischer Herkunft ist, aber im Bewußtsein des deutschen Volkes als typisch jüdisch empfunden wird (z. B. nicht den Vornamen Esther).

Der Pfarrer L. hat bei dem Standesamt in G. angezeigt, daß von seiner Ehefrau am 11. Aug. 1938 eine Tochter geboren und daß dem Kinde der Vorname Esther beigelegt worden sei. Der Standesbeamte hat es abgelehnt, diesen Vornamen in das Geburtenbuch einzutragen, weil es sich um einen typisch jüdischen Vornamen handele. Auf den Antrag des Vaters hat das AG. auf Grund des § 45 RPersStG. den Standesbeamten angehalten, den Vornamen Esther in das Geburtenbuch einzutragen, und zwar mit der Begründung, es handele sich nicht um einen speziell jüdischen Vornamen, sondern um einen Namen babylonischen Ursprungs. Auf die von dem Oberbürgermeister der Stadt G. hiergegen erhobene sofortige Beschw. hat das LG. die Entscheidung des AG. aufgehoben. Es steht auf dem Standpunkt, der Name Esther gehöre zu den nichtdeutschen Vornamen, die nicht schon seit Jahrhunderten so vollständig eingedeutscht seien, daß sie im Volke nicht mehr als Fremdnamen empfunden würden. Ein solcher Vorname dürfe aber gemäß dem RdErl. des RMdJ. v. 18. Aug. 1938 Kindern deutscher Staatsangehöriger nur gegeben werden, wenn ein besonderer Grund dies rechtfertige; ein solcher Grund sei hier nicht dargetan.

Die sofortige weitere Beschw. des Vaters hatte keinen Erfolg.

Der Senat hat zu der Frage, welche Vornamen einem deutschen Kinde arischen Blutes beigelegt und in welchem Umfange Vornamen ausländischer, namentlich jüdischer Herkunft verwendet werden können, in seinem Beschl. v. 1. Juli 1938 (1 b Wx 88/38): DJ. 1938, 1247 = JW. 1938, 2210 [25] Stellung genommen. Inzwischen hat eine gesetzliche Regelung dieser Frage stattgefunden durch die 2. VO. zur Durchführung des Ges. über die Änderung von Familiennamen und Vornamen v. 17. Aug. 1938 (RGBl. I, 1044) und den hierzu ergangenen RdErl. des RMdJ. v. 18. Aug. 1938 (RMBliV. 1345). Hiernach sollen Kinder deutscher Staatsangehöriger grundsätzlich nur deutsche Vornamen erhalten. Nichtdeutsche Vornamen dürfen für Kinder deutscher Staatsangehöriger nur zugelassen werden, wenn ein besonderer Grund dies rechtfertigt (z. B. Zugehörigkeit zu einem nichtdeutschen Volkstum, Familienüberlieferung, verwandtschaftliche Beziehungen). Zu den nichtdeutschen Vornamen rechnen nicht die seit Jahrhunderten in Deutschland verwendeten Vornamen ursprünglich ausländischer Herkunft, die im Volksbewußtsein nicht mehr als fremde Vornamen angesehen werden, sondern völlig eingedeutscht sind (z. B. Hans, Joachim, Peter, Julius, Elisabeth, Maria, Sofie, Charlotte). Juden, die deutsche Staatsangehörige oder staatenlos sind, dürfen nur die in der Anlage zu dem Runderlaß aufgeführten Vornamen beigelegt werden; anderen deutschen Staatsangehörigen dürfen diese Vornamen nicht beigelegt werden.

In dem Verzeichnis der Vornamen, die hiernach ausschließlich für Juden verwendet werden dürfen, ist der Vorname Esther nicht enthalten. Es fragt sich deshalb, ob er einem deutschen arischen Kinde beigelegt werden darf. Diese Frage hat der Senat in Übereinstimmung mit dem LG. verneint.

Es ist gerichtsbekannt und bedarf keiner weiteren Ausführung, daß der Name „Esther" babylonisch-persischen, demnach arischen Ursprungs ist (vgl. auch Keßler, „Die Familiennamen der Juden in Deutschland" S. 10). Als ein nichtdeutscher Vorname ist er gemäß den Vorschriften des Runderlasses für deutsche arische Kinder nur zulässig, wenn er entweder als Vorname ursprünglich ausländischer Herkunft seit Jahrhunderten in Deutschland verwendet worden ist, im Volksbewußtsein nicht mehr als fremder Vorname angesehen wird und völlig eingedeutscht ist, oder wenn ein besonderer Grund dies rechtfertigt. Weder die eine noch die andere Voraussetzung kann hier als gegeben anerkannt werden.

Der Vorname Esther ist, was als gerichtsbekannt gelten darf, nicht deshalb in Deutschland gebräuchlich geworden, weil er etwa schon im Altertum unter den arischen Völkern Vorderasiens ein allgemein verbreiteter Name war, über dessen Herkunft man sich keine Gedanken machte. Der Name ist vielmehr deshalb in Aufnahme gekommen, weil ihn eine ganz bestimmte geschichtliche Persönlichkeit erstmalig getragen hat. In einem solchen Falle kommt es aber, wenn jetzt einem deutschen Mädchen ein derartiger Vorname beigelegt werden soll, nicht auf den sprachwissenschaftlichen Ursprung dieses Namens an, sondern vielmehr entscheidend darauf, wer die erste Trägerin dieses Namens gewesen ist, welche geschichtliche Bedeutung ihr zukommt, vor allem, ob und welche Bedeutung sie gerade für das Deutschtum gewonnen hat. Die geschichtliche Trägerin des Namens Esther ist eine Frau, von der das Buch „Esther" im Alten Testament handelt. Hiernach war Esther eine Vollblutjüdin, die ursprünglich den jüdischen Namen Hadassa führte (Buch „Esther" Kap. 2 V. 5, 7). Der Name Hadassa ist übrigens in dem erwähnten Runderlaß in der Form „Hadasse" als weiblicher jüdischer Vorname zugelassen. Diese Hadassa wurde unter dem arischen Namen Esther sowie unter bewußter Verschweigung ihrer jüdischen Herkunft (Kap. 2 V. 10) durch ihren jüdischen Verwandten und Pflegevater Mardochai an den königlichen Hof in Susa in Persien gebracht und dem König Ahasveros (Xerxes) als Dirne zugeführt, d. h. verkuppelt. Es gelang ihr, durch ihre körperlichen Reize (Kap. 2 V. 7) die Gunst des willensschwachen und sinnlichen Königs zu erringen und schließlich Königin zu werden (Kap. 2 V. 17). Unter ständiger Beratung durch Mardochai wußte sie den König zu bestimmen, daß er seinen ersten Ratgeber und Minister, den Arier Haman, — der die gefährliche Wühlarbeit des Judentums im persischen Reiche erkannt hatte und deshalb zur Rettung des Staates energisch dagegen einschreiten wollte (Kap. 3 V. 8 ff.) —, entfernte und hinrichten ließ (Kap. 7) und an seiner Statt den Juden Mardochai in diese Stellung einsetzte (Kap. 8 V. 1 ff.). Esther ließ sich sogar von dem König das Haupt Hamans, „des Judenfeindes" geben (Kap. 8 V. 1). Demnächst benutzten Ester und Mardochai ihre Macht und ihren Einfluß bei dem König dazu, um mehr als 75 000 Perser und damit die arische Führerschicht des Landes ermorden zu lassen (Kap. 9, insbes. V. 16) und auf diese Weise dem Judentum die herrschende Stellung im Staate zu verschaffen (Kap. 10 V. 3). Die Juden machten den Gedenktag dieses Ereignisses „zu einem Tage des Wohllebens und der Freude" (Kap. 9 V. 17, 18, 19) und feiern ihn auch noch heute als Purimfest (Kap. 9 V. 28) (vgl. hierzu auch Fritsch, „Handbuch der Judenfrage", 33. Aufl., S. 56—57).

Eine solche Persönlichkeit wie Esther, die eine derartige geschichtliche Rolle gespielt hat, und zwar nicht durch ein offenes und klares Handeln, sondern durch List, Täuschung und Mißbrauch ihrer körperlichen Reize sowie ihrer Stellung, eine solche verbrecherische Dirne jüdischer Rasse kann den deutschen Frauen unserer Zeit nichts bedeuten und kann vor allem nicht als eine Persönlichkeit angesehen werden, nach der deutsche Eltern ihrer Tochter den Namen geben. Wie der Vater nun geltend macht und wie auch der Senat in dem Beschlusse 1 b Wx 88/38 zum Ausdruck gebracht hat, ist lange Zeit hindurch in deutschen, christlich gesinnten Kreisen der Vorname Esther üblich gewesen und zum Teil auch heute noch gebräuchlich. Es kann nicht bestritten werden, daß sich in dieser Hinsicht in manchen Gegenden eine Familienüberlieferung gebildet hat. Dieser Tradition fehlt aber die innere Berechtigung und hat ihr von Anfang an gefehlt. Man hat diesen Namen nur gewählt, weil er eben in der Bibel vorkommt und für die Geschichte des Judentums eine gewisse Bedeutung erlangt hat. Man hat sich aber dabei nicht im geringsten klargemacht, was für eine Persönlichkeit die geschichtliche Esther in Wirklichkeit gewesen ist, daß sie vor allem auf religiösem oder sittlichem Gebiet kein Andenken von bleibendem Wert hinterlassen hat. Das Buch „Esther" berichtet darüber jedenfalls nichts. Wenn diejenigen, die zuerst den Vornamen Esther für deutsche Mädchen gebraucht haben, diese Überlegung angestellt hätten, so würde dieser Name wohl nicht eine solche Verbreitung gefunden haben. Die geschichtliche Esther ist jedenfalls kein christliches Vorbild und noch weniger ein deutsches Vorbild. Das gesunde Empfinden des deutschen Volkes hat dies auch nie verkannt und den Namen Esther mit Rücksicht auf seine erste Trägerin zumeist als einen typisch jüdischen Namen angesehen. Es wendet sich in letzter Zeit dank der von dem Nationalsozialismus geleisteten Aufklärungsarbeit auch immer mehr dagegen (vgl. Fritsch a. a. O. S. 88 und 92). Es kann deshalb keine Rede davon sein, daß der Vorname Esther, auch wenn er seit Jahrhunderten in manchen Volkskreisen Deutschlands als ein Name ursprünglich ausländischer Herkunft häufig verwendet worden sein mag, eine solche Aufnahme im Volksbewußtsein gefunden hat, daß er als völlig eingedeutscht bezeichnet werden muß, wie etwa die Vornamen Elisabeth und Maria. Er hat vielmehr wegen seiner ersten Trägerin als ein jüdischer Vorname gegolten und gilt es noch. Es soll hier auch auf die alttestamentliche Ruth (von Herkunft Moabiterin, durch Heirat Jüdin geworden und zumeist als Jüdin angesehen) hingewiesen werden, deren große Treue und selbstlose Liebe im deutschen Volke immer als vorbildlich betrachtet worden ist und deshalb auch heute noch die Verwendung des Namens „Ruth" als eines völlig eingedeutschten Vornamens für ein deutsches Mädchen rechtfertigen kann (vgl. Buch „Ruth" des alten Testamentes Kap. 1 V. 16 und 17 [„Wo Du hingehst, da will ich auch hingehen ... Dein Volk ist mein Volk ..."]).

Muß hiernach schon die erste der beiden Voraussetzungen ausscheiden, unter denen der Vorname Esther als zulässig erachtet werden darf, so kann auch nicht anerkannt werden, daß ein besonderer Grund hier die Beilegung dieses Vornamens rechtfertigt. Als solche besonderen Gründe i. S. des Runderlasses kommen hier Familienüberlieferung und verwandtschaftliche Beziehungen in Betracht. Der Vater macht hierzu geltend, daß er und seine Ehefrau

aus reformierten Kreisen stammten und daß gerade in diesen Kreisen der Vorname Esther gebräuchlich sei. Es kann zugunsten des Vaters angenommen werden, daß in seiner Familie eine solche Tradition bestehen mag. Der Runderlaß gestattet aber keineswegs die Auslegung, daß alsdann die Verwendung eines nichtdeutschen Vornamens schlechthin zulässig sein soll. Es kommt vielmehr immer auf den einzelnen Fall an. Wie der Senat in seinem Beschlusse 1 b Wx 88/38 ausgeführt hat, entspricht die Pflege und Aufrechterhaltung von Familientraditionen gewiß der nationalsozialistischen Weltanschauung. Jedoch darf dieser Grundsatz nicht überspannt werden. Wenn eine solche Tradition mit den Gedanken und Anschauungen der jetzigen neuen Zeit nicht mehr vereinbar ist, muß sie eben aufgegeben werden. Es ist aber schlechterdings mit dem gesunden Volksempfinden nicht in Einklang zu bringen, daß ein deutsches Mädchen, das in dem für Deutschland so großen und bedeutungsvollen Jahre 1938 geboren ist, den als typisch jüdisch empfundenen Namen Esther empfängt. Das kommende Geschlecht wird dafür kein Verständnis haben, und ein solches Mädchen wird, wenn es in die Schule und in den BDM. eintritt, unter diesem Vornamen nur leiden und keine Freude an ihm haben. Es kann deshalb nicht als der Sinn des Runderlasses bezeichnet werden, eine durch die Ereignisse völlig überholte Familienüberlieferung weiter aufrechtzuerhalten.

Im übrigen soll darauf hingewiesen werden, daß dieser Erlaß selbst, auch wenn er gerade den Namen Esther in dem Verzeichnis jüdischer Vornamen nicht aufführt, auch Namen nichtjüdischen Ursprungs als typisch jüdisch erachtet. In diesem Verzeichnis ist als männlicher, nur für Juden verwendbarer Vorname der Name „Moses" genannt. Hier handelt es sich nicht um einen hebräischen, sondern um einen ägyptischen Namen, der als Lehnwort in die jüdische Sprache übernommen worden ist (vgl. Keßler S. 10; Gottschald, „Deutsche Namenkunde", S. 298; Brechenmacher, „Deutsches Namenbuch" S. 116). Als geschichtliche Persönlichkeit ist Moses einer der hervorragendsten Vertreter des Judentums gewesen und in dieser Eigenschaft und unter diesem Namen in die Geschichte eingegangen. Der Name ist deshalb, obwohl nichtjüdischen Ursprungs, ein typisch jüdischer Name geworden. Auch diese Überlegung rechtfertigt es, den Namen Esther als einen typisch jüdischen zu beurteilen.

Der Vater macht für seinen Standpunkt noch geltend, daß der Name Esther in der Literatur und Musik eine Bedeutung für die deutsche Kultur gewonnen habe, so durch das Drama von Grillparzer und das Oratorium von Händel. Allerdings hat Händel ein Oratorium „Esther" geschaffen; er ist aber auch der Verfasser der Oratorien „Josua, Saul, Samson, Judas Maccabäus". Der künstlerische Wert dieser Geisteswerke für die deutsche Kultur soll nicht verkannt werden. Sie sind aber in einer Zeit entstanden, welche kein Verständnis für den Rassegedanken hatte. Sie können deshalb nicht den Maßstab bilden, nach dem in der heutigen Zeit die Auswahl von Vornamen für deutsche Kinder zu geschehen hat.

Wie in dem Beschlusse 1 b Wx 88/38 legt der Senat auch hier Wert auf die Feststellung, daß durch die Ablehnung des Vornamens Esther seitens der staatlichen Behörden der Inhalt der christlichen Religion, ihr Glaube und ihr Bekenntnis nicht angetastet wird. Es handelt sich lediglich um das Aufgeben einer biblischen Tradition, wodurch die wesentlichen Belange der christlichen Religion nicht berührt werden.

Hiernach gestatten die jetzt maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen sowohl nach ihrem Wortlaut als auch nach ihrem Sinn und Zweck nicht, deutschen Kindern arischen Blutes noch Vornamen beizulegen, die zwar sprachwissenschaftlich nichtjüdischer, sogar arischer Herkunft sind, im Bewußtsein des deutschen Volkes aber als typisch jüdisch empfunden werden. Das gilt auch von dem Vornamen Esther.

(KG., ZivSen. 1 b, Beschl. v. 28. Okt. 1938, 1 b Wx 151/38.)

Testamentsgesetz

20. KG. — § 51 Abs. 3 TestamentG. v. 31. Juli 1938. Hängt die Auslegung der in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügung eines vor dem Inkrafttreten des TestamentG. verstorbenen Ehegatten davon ab, ob die Verfügung des anderen Ehegatten formgültig ist, so ist die Formgültigkeit des Testaments nach dem Recht des BGB. zu beurteilen, auch wenn der andere Ehegatte beim Inkrafttreten des TestamentG. noch lebt. †)

Am 21. Mai 1911 verstarb der Gastwirt Reinhold B. Er hinterließ ein gemeinschaftlich mit seiner Ehefrau Karoline B. errichtetes eigenhändiges Testament. Darin setzten sich die Eheleute gegenseitig zu Alleinerben ein; die drei Kinder sollten ein bestimmtes Vermächtnis erhalten; nach dem Tode des überlebenden Ehegatten sollte der Nachlaß unter die drei Kinder geteilt werden.

Das Testament hat der Ehemann B. eigenhändig geschrieben, datiert und unterschrieben. Die Ehefrau hat eigenhändig den Zusatz beigefügt „Obiges soll auch als mein Testament gelten" und diesen Zusatz unterschrieben, aber nicht datiert.

Das Nachlaßgericht erteilte unter dem 22. Febr. 1919 einen Erbschein dahin, daß Reinhold B. von seiner Ehefrau beerbt worden sei und daß Nacherben die Kinder Frieda, Reinhold und Hildegard seien.

Die Witwe ist jetzt der Ansicht, daß sie gemäß § 2269 BGB. unbeschränkte Erbin ihres Ehemannes geworden sei. Sie beantragte deshalb, den Erbschein v. 22. Febr. 1919 einzuziehen und ihr als unbeschränkter Erbin einen neuen Erbschein zu erteilen. Das Nachlaßgericht wies diesen Antrag zurück. Gegen diese Entsch. legte die Witwe Beschw. ein. Das LG. wies die Beschw. durch Beschl. v. 29. Juli 1938 insoweit zurück, als das Nachlaßgericht den Antrag auf Erteilung eines neuen Erbscheins zurückgewiesen hatte. Im übrigen hob es die Entsch. des Nachlaßgerichts auf und verwies die Sache an dieses zurück. Die weitere Beschw. der Frau B. hat keinen Erfolg.

Das LG. führt zutreffend aus: Die in dem gemeinschaftlichen Testament enthaltene Beitrittserklärung der Ehefrau sei nichtig, weil sie entgegen der zwingenden Formvorschrift des § 2267 BGB. nicht eigenhändig datiert worden sei. Ob trotz der Nichtigkeit der letztwilligen Vfg. der Ehefrau die letztwillige Vfg. des Ehemannes als einseitiges Testament aufrechterhalten bleiben könne, hänge davon ab, ob der Ehemann seine Vfg. auch ohne die Verfügung der BeschwF. getroffen haben würde (§ 2270 Abs. 1 BGB.). Eine Auslegung des Testaments nach § 2269 BGB. sei aber unmöglich, weil nach § 2270 Abs. 2 BGB. anzunehmen sei, daß der Erblasser seine Ehefrau nur unter der Voraussetzung zur unbeschränkten Erbin eingesetzt hätte, daß diese die gemeinschaftlichen Kinder zu ihren Erben berufe und daß sie ihrer unehelichen Tochter Helene nicht mehr als die ihr im Testament ausgesetzten 500 *RM* zuwende. In dieser Hinsicht werde die Wechselbezüglichkeit nicht widerlegt werden können, so daß das Nachlaßgericht den Antrag auf Erteilung eines neuen Erbscheins mit Recht zurückgewiesen habe. Zu ermitteln bleibe nur noch, ob der Ehemann seine Ehefrau zur Vorerbin und seine Kinder zu Nacherben berufen habe, und ob er diese Berufung auch bei Nichtigkeit der Verfügung seiner Ehefrau aufrechterhalten hätte, oder ob er dies nicht gewollt habe und deshalb gesetzliche Erbfolge eingetreten sei. Von dem Ergebnis der Ermittlungen hänge es ab, ob der erteilte Erbschein richtig oder unrichtig sei.

Der sachlichen Beurteilung des LG. ist in allen Punkten beizupflichten. Sie entspricht der Rspr. des Senats, wie sie insbes. in den Entsch. JFG. 14, 228; JW. 1937, 1410 niedergelegt worden ist. Die weitere Beschw. verweist demgegenüber auch nur auf § 51 TestamentG. v. 31. Juli 1938. Dieses Gesetz ist am 4. Aug. 1938 in Kraft getreten, als der angefochtene, vor dem Erlaß des Gesetzes bereits gefaßte Beschl. noch nicht zugestellt war. Ob das LG. seine Entsch. unter Berücksichtigung des neuen Gesetzes hätte nachprüfen und das Ergebnis seiner Prüfung in der Begründung seines Beschl. niederlegen müssen (§ 25 FGG.), braucht hier nicht erörtert zu werden. Denn die getroffene Entsch. ist auch im Hinblick auf das TestamentG. nicht zu beanstanden.

Nach § 21 TestamentG. ist die Datierung des eigenhändigen Testaments kein zwingendes Formerfordernis mehr. Dementsprechend genügt es nach § 28 Abs. 2 TestamentG. zur Errichtung eines eigenhändigen gemeinschaftlichen Testamentes, wenn der eine Ehegatte das Testament eigenhändig schreibt und unterzeichnet und wenn der andere Ehegatte die gemeinschaftliche Erklärung mitunterzeichnet. Die Formerleichterungen des TestamentG. sollen nach § 51 Abs. 3 den vor dem 4. Aug. 1938 errichteten Testamenten dann zugute kommen, wenn der Erbfall nach dem 3. Aug. 1938 eintritt. Die BeschwF. meint, daß ihre letztwillige Verfügung nunmehr als wirksam anzusehen sei und daß deshalb kein Hindernis mehr bestehe, das Testament ihres Ehemannes entsprechend § 2269 BGB. im Sinne einer unbeschränkten Erbeinsetzung auszulegen. Diese Ansicht ist aber mindestens in dem letzten Punkte rechtsirrig.

Nach § 51 Abs. 1 gilt das TestamentG. nur für Erbfälle, die nach dem 3. Aug. 1938 eintreten. In § 51 Abs. 2 wird weiter der Grundsatz aufgestellt, daß Handlungen des Erblassers, die er vor dem 4. Aug. 1938 vorgenommen hat, nach altem Recht beurteilt werden sollen. Grundsätzlich soll also durch das TestamentG. an dem, was vor seinem Inkrafttreten geschehen ist, und an den Rechtsfolgen, die auf Grund solcher Handlungen eingetreten sind, nichts geändert werden. Von diesem Grundsatz stellt § 51 in Abs. 3 eine Ausnahme auf für die Er-

richtung von Testamenten und Erbverträgen. Diese Vorschrift will die vom Gesetzgeber für wünschenswert gehaltenen Formerleichterungen schon den vor dem Inkrafttreten des Gesetzes errichteten Testamenten und Erbverträgen zugute kommen lassen. Das TestamentG. geht davon aus, daß es der Formerschwerungen, wie sie das BGB. vorgesehen hatte, nicht bedarf, um zu gewährleisten, daß der Wille des Erblassers hinreichend sicher zum Ausdruck gebracht werde, daß der Wille des Erblassers also auch in den vor dem 4. Aug. 1938 errichteten Testamenten, sofern sie nur den jetzigen Formerfordernissen genügen, hinreichend zum Ausdruck gekommen ist und daß es deshalb billig erscheint, diesen Willen zu verwirklichen. Dazu kommt, daß bei einseitigen Testamenten regelmäßig auch niemand beeinträchtigt werden wird, wenn bei einem Erbfall, der nach dem Inkrafttreten des Gesetzes eintritt, die Gültigkeit des Testaments nicht nach altem Recht, sondern nach neuem Recht beurteilt wird. Denn solange der Erblasser lebt, bleiben die etwaigen Mängel seiner Testamente meist verborgen, und zwar sowohl ihm selbst — sonst würde er wohl ein anderes formgültiges Testament errichten — wie auch den in dem Testament bedachten Personen; es kann also in der Regel niemand sich darauf eingerichtet haben, daß das Testament nach dem bisherigen Gesetz formgültig war.

Es liegt nahe, bei gemeinschaftlichen Testamenten die Formerleichterungen wenigstens der Verfügung des überlebenden Ehegatten zugute kommen zu lassen, wenn der eine Ehegatte vor, der andere nach dem Inkrafttreten des Gesetzes verstirbt. Der Wortlaut des § 51 Abs. 3 TestamentG. würde eine solche Auslegung dieser Vorschrift auch nicht hindern. Denn mit dem Tode eines jeden Ehegatten tritt ein besonderer Erbfall ein, dessen Rechtsfolgen je für sich gesondert festzustellen sind. Einer solchen Gesetzesauslegung stehen aber zwei Bedenken entgegen. Einmal sind die gemeinschaftlichen Testamente schon beim Tode des erstverstorbenen Ehegatten eröffnet worden. Der Formmangel des Testaments wird dabei in der Mehrzahl der Fälle von den Beteiligten erkannt worden sein. Sie werden deshalb der Unwirksamkeit des Testaments Rechnung tragen. Insbes. wird der überlebende Ehegatte sein Verhalten verschieden einrichten, je nachdem, ob er seine Verfügung für wirksam hält oder ob er dem früheren Recht entsprechend annimmt, daß seine Verfügung unwirksam ist. Es könnte zu Verwicklungen führen, wenn der überlebende Ehegatte neue Testamente oder Erbverträge errichtet, die auf Grund des § 51 Abs. 3 TestamentG. nachträglich unwirksam werden würden, wenn das erste Testament nachträglich wirksam werden würde. Ferner wird mindestens bei wechselbezüglichen Bestimmungen die Aufrechterhaltung des früheren Testaments nicht mehr dem Willen des überlebenden Ehegatten entsprechen, wenn die Vfg. des erstverstorbenen Ehegatten infolge des Formverstoßes unwirksam ist. Damit würde aber ein wesentlicher Grund entfallen, der für die Schaffung des § 51 Abs. 3 TestamentG. von Bedeutung gewesen ist. Wie weit diesen Bedenken bei der Auslegung des § 51 Abs. 3 Rechnung getragen werden müßte, und ob diesen Bedenken damit begegnet werden könnte, daß dann die Vfg. des überlebenden Ehegatten zwar formgültig, aber wegen der Wechselbezüglichkeit inhaltlich unwirksam sei, oder damit, daß der überlebende Ehegatte nach Inkrafttreten des TestamentG. ein neues Testament errichten könne und müsse, braucht hier abschließend nicht erörtert zu werden. Denn auch wenn für die Entsch. des vorliegenden Falles unterstellt wird, daß die letztwillige Vfg. der BeschwF. nunmehr als wirksam anzusehen sei, kann doch der von ihr gezogenen Folgerung nicht beigepflichtet werden, daß dann die Vfg. ihres Ehemannes im Sinne einer unbeschränkten Erbeinsetzung ausgelegt werden müsse.

Die Erbfolge nach dem Ehemann der BeschwF. ist gemäß § 51 Abs. 1 TestamentG. nach altem Recht zu beurteilen. Dieser Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, daß frühere Erbfälle nicht mit der Begründung wieder aufgerollt werden sollen, daß ein damals wegen Formverstoßes nichtiges Testament nach dem neuen Gesetz als gültig zu betrachten sei (amtl. Begr. zu § 51: DJ. 1938, 1254). Es entspricht das auch dem Grundsatz, daß das Vermögen einer Person mit ihrem Tode als ganzes und kraft Gesetzes auf die Erben übergeht (§ 1922 BGB.) und daß deshalb für die Bestimmung der Personen, die mit dem Tode des Erblassers Eigentümer des Nachlasses geworden sind, nur die im Zeitpunkt des Todes geltenden Gesetze maßgebend sein können. Nur mit den im Zeitpunkt des Todes geltenden Gesetzen können die Nachlaßbeteiligten rechnen und danach ihre Maßnahmen treffen. Es würde zu einer großen Beunruhigung und Rechtsunsicherheit führen, wenn auf Grund eines späteren Gesetzes frühere Erbabwickelungen rückgängig gemacht werden könnten. Eine solche Folge würde aber eintreten, wenn die Formgültigkeit der letztwilligen Vfg. der Ehefrau, von der die Auslegung der letztwilligen Vfg. des Ehemannes abhängt, auch hinsichtlich der Erbfolge nach dem erstverstorbenen Ehegatten nach neuem Recht beurteilt werden würde. Denn bis zum Inkrafttreten des TestamentG. sind die Kinder des Ehemannes zweifellos (je nach der insoweit noch offenen Auslegung des Testamentes) entweder Miterben oder Nacherben geworden. Sie würden diese Rechtsstellung nachträglich verlieren, wenn nunmehr das Testament wegen der erst nach dem Tode des Ehemannes B. eingetretenen Heilung des Formmangels dahin ausgelegt werden müßte, daß die BeschwF. unbeschränkte Erbin sei. Diese Rechtsfolge würde den Rechtsgedanken des § 51 Abs. 1 TestamentG. widersprechen.

Hiernach kann die BeschwF. nicht die unbeschränkte Erbin ihres Ehemannes geworden sein; ihre weitere Beschw. ist daher zurückzuweisen.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 20. Okt. 1938, 1 Wx 455/38.) [H.]

Anmerkung: Das TestamentG. v. 31. Juli 1938 (RGBl. I, 973) hat für das Testament eine Anzahl von Formerleichterungen gebracht (vgl. meinen Aufsatz: JW. 1938, 2161 sowie mein soeben erschienenes Erläuterungsbuch zum TestamentG.). Unter anderem hat das Gesetz in Abweichung von § 2231 Nr. 2 BGB. bestimmt, daß zur Errichtung eines eigenhändigen Testaments die Angabe von Ort und Zeit der Errichtung nicht mehr nötig ist. Das eigenhändige Testament kann also auch dann gültig sein, wenn es keine Angabe über Ort und Zeit der Errichtung enthält. Ebenso hat das neue Gesetz für das gemeinschaftliche Testament erklärt, daß keiner der Ehegatten seiner Erklärung ein Datum beizufügen braucht (§§ 21, 28 TestamentG.). Das TestamentG. ist im Altreich am 4. Aug. 1938, im Lande Österreich am 4. Nov. 1938 in Kraft getreten. Die Frage, welche Erbfälle und welche Testamente von dem neuen Gesetz erfaßt werden, ist in § 51 geregelt:

Ist der Erbfall vor dem Inkrafttreten des Gesetzes eingetreten, so ist das alte, nicht das neue Recht anzuwenden (§ 51 Abs. 1). Wären also im vorliegenden Falle beide Ehegatten vor dem 4. Aug. 1938 gestorben, so wäre zweifellos das ganze Testament ausschließlich nach dem früheren Recht zu beurteilen.

Ist das Testament vor dem Stichtag errichtet, tritt aber der Erbfall erst nach diesem Zeitpunkt ein, so ist für die Beurteilung der Gültigkeit des Testaments an sich ebenfalls das frühere Recht maßgebend. Nach dem vorher in Österreich geltenden Recht konnte z. B. ein wegen Verschwendung oder wegen Trunksucht Entmündigter über die Hälfte seines Vermögens gültig testieren (§ 568 ABGB., § 6 Abs. 2 EntmündO.). Nach dem neuen Gesetz sind Entmündigte auch in der Ostmark nicht mehr testierfähig (§ 1). Das von einem beschränkt entmündigten Österreicher vor dem 4. Nov. 1938 errichtete Testament bleibt aber dennoch für die Hälfte seines Vermögens gültig, auch wenn der Erbfall erst nach dem 3. Nov. 1938 eintritt. Dies ist in § 51 Abs. 2 TestamentG. ausgesprochen.

In § 51 Abs. 3 heißt es dann weiter: „Bei Erbfällen, die sich nach dem Inkrafttreten des Gesetzes ereignen, sind an die Gültigkeit eines Testaments keine höheren Anforderungen zu stellen, als nach dem neuen Gesetz für ein Testament der betreffenden Art zulässig ist, auch wenn das Testament vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes errichtet ist.“ Der Gesetzgeber wollte also die Formerleichterungen des neuen Gesetzes auch den vorher errichteten Testamenten zugute kommen lassen, vorausgesetzt, daß der Erbfall erst nach dem Stichtag eintritt. Wären also im vorliegenden Falle die beiden Ehegatten erst nach dem 3. Aug. 1938 gestorben, so wäre das vorher errichtete Testament trotz des Formverstoßes seinem ganzen Umfang nach wirksam geworden.

Hier handelt es sich nun um ein gemeinschaftliches Testament, bei dem der eine Ehegatte bereits vor dem 4. Aug. 1938 gestorben ist, während der andere Ehegatte diesen Stichtag überlebt hat. Die Fälle dieser Art sind in dem Gesetz nicht besonders behandelt. Hierzu besteht auch kein Bedürfnis, da die vorerwähnten allgemeinen Regeln auch für die gemeinschaftlichen Testamente ausreichen. Wäre z. B. in dem hier erörterten Fall die Frau zuerst gestorben, so stände fest, daß die Verfügung, wonach ihr Mann zum Alleinerben eingesetzt ist, unwirksam war; damit wären aber auch gemäß § 2270 BGB. die vom Mann in dem gemeinschaftlichen Testament getroffenen Anordnungen hinfällig geworden; das gemeinschaftliche Testament wäre also seinem ganzen Inhalt nach ungültig, auch wenn der Mann erst nach dem 3. Aug. 1938 stirbt.

Hier ist es nun so gewesen, daß die Anordnungen des zuerst versterbenden Mannes an sich formgültig sind, während die Zusatzerklärung der überlebenden Ehefrau zwar nicht den Formerfordernissen des alten Rechts, wohl aber denen des neuen

Rechts genügt. Das KG. legt mit Recht dar, daß hier zwei Fragen zu unterscheiden sind: 1. welche Rechtswirkungen sind auf Grund dieses Testaments beim Tode des Erstversterbenden eingetreten? und 2. welche Wirkungen treten auf Grund dieses Testaments beim Tode des überlebenden ein?

Das KG. brauchte nur zu der ersten Frage Stellung zu nehmen. Es gelangt zu dem zutreffenden Ergebnis, daß für die Beurteilung des ersten Erbfalls ausschließlich das frühere Recht maßgebend ist. Der Umstand, daß die Vfg. des überlebenden Ehegatten nach dem neuen Gesetz vielleicht wirksam geworden ist, bleibt bei Beurteilung des ersten Erbfalls außer Betracht; für die Auslegung der Anordnungen des Erstversterbenden ist also auch weiterhin davon auszugehen, daß die Vfg. der Frau ungültig ist. Das KG. leitet dies aus § 51 Abs. 1 TestamentG. ab und rechtfertigt seinen Standpunkt auch mit einer Abwägung der Belange der Beteiligten, der man nur zustimmen kann.

Das KG. läßt die Frage offen, welche Wirkungen auf Grund dieses gemeinschaftlichen Testaments beim Tode der überlebenden Ehefrau eintreten. M. E. wäre dieser Teil des Testaments an sich formgültig (§ 51 Abs. 3). Er wäre nur dann unwirksam, wenn man auch für die von der Frau getroffenen Anordnungen eine Wechselbezüglichkeit i. S. des § 2270 BGB. annimmt. Die Frau hat ihre ehelichen Kinder zu Erben eingesetzt und ihre uneheliche Tochter nur mit einem kleinen Vermächtnis bedacht. Ist anzunehmen, daß die Frau diese Anordnungen auch für den Fall gewollt hat, daß die Anordnungen des Mannes nicht voll wirksam sind, so sind die Verfügungen der Frau jetzt gültig. Hat dagegen die Frau diese Anordnungen nur für den Fall getroffen, daß die Anordnungen ihres Mannes uneingeschränkt gültig sind, so sind die Erklärungen der Frau unwirksam geblieben. Welche der beiden Möglichkeiten hier gegeben ist, hängt von der Auslegung ihres Willens ab und ist Tatfrage. Sicher ist aber, daß die Frau wegen der zum mindesten teilweise eingetretenen Unwirksamkeit der Anordnungen ihres Mannes an die von ihr in dem gemeinschaftlichen Testament getroffenen Vfg. nicht gebunden ist. Sie ist also nicht gehindert, in einem neuen Testament abweichend von ihren früheren Anordnungen zu verfügen, soweit nicht etwa Nacherbenbeschränkungen entgegenstehen.

MinR. Dr. Vogels, Berlin.

Erbhofrecht

21. KG. — §§ 2087, 2353 ff. BGB.; § 15 Abs. 1 und 2 EHRV.

1. Bei der Entscheidung der Frage, ob in der Zuwendung eines zum erbhoffreien Vermögen des Bauern gehörigen einzelnen Gegenstandes eine Einsetzung des Bedachten zum Erben dieses Vermögens liegt (§ 2087 BGB.), hat der Erbhof außer Betracht zu bleiben.

2. Gehört zum Nachlaß ein Erbhof, so kann auch über das erbhoffreie Vermögen allein ein Erbschein (Teilerbschein) erteilt werden.

Der Bauer Sp. ließ kurz vor seinem Tode mit Genehmigung des AEG seinen Erbhof seinem Sohne Konrad auf; dieser wurde aber erst nach dem Tode des Erblassers als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Der Erblasser hatte in seinem Testament seiner Tochter Hildegard R. eine Hypothek zugewendet und seiner Witwe den Zinsgenuß daran vermacht. Die Tochter will Alleinerbin ihres Vaters geworden sein, weil die Hypothek den Hauptteil des Nachlasses darstelle (§ 2087 Abs. 1 BGB.). AG. und LG. haben die Erteilung eines entsprechenden Erbscheins abgelehnt, weil der Erbhof sowohl bei der Errichtung des Testaments wie beim Tode des Erblassers noch zu dessen Vermögen gehört habe und deshalb § 2087 Abs. 2 BGB. abzuwenden sei. Das KG. gab der weiteren Beschw. statt.

Unter Vermögen versteht das Erbrecht des BGB., wie sich aus den §§ 1922, 1967 BGB. ergibt, die Gesamtheit der einer Person zustehenden wirtschaftlich verwertbaren Sachen und Rechte und die Gesamtheit ihrer Verbindlichkeiten (RGZ. 61, 78; RGRKomm., 8. Aufl., § 1922 Anm. 5; Planck § 1922 Anm. 2a; a. A.: Staudinger-Boehmer, 10. Aufl., § 1922 Anmerkung 76 ff.). In demselben Sinne verwendet der § 2087 BGB. den Ausdruck Vermögen (Planck § 2087 Anm. 1). Diese Vorschrift hat jedoch durch die Erbhofgesetzgebung eine Einschränkung erfahren. Ist der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung seiner Verfügung von Todes wegen oder seines Todes Eigentümer eines Erbhofs, so ist Vermögen i. S. des § 2087 BGB. nur das sog. erbhoffreie Vermögen. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Dem LG. ist zuzugeben, daß die gesamte Hinterlassenschaft eines Bauern, ebenso wie diejenige eines Nichtbauern rechtlich nur einen Nachlaß bildet. Nach § 19 Abs. 1 REG bildet der Erbhof einen besonderen Teil der Erbschaft. Er ist also Bestandteil des Nachlasses. Die §§ 24 Abs. 3, 35 Abs. 2 REG, 14 Abs. 1 EHRV sprechen in bezug auf den erbhoffreien Nachlaß von dem „übrigen Nachlaß". Im Vorspruch zum REG und in dem § 29 Abs. 1 REG wird das erbhoffreie Vermögen als das „übrige Vermögen" bezeichnet. Im Vorspruch zum REG und in den §§ 30 Abs. 1 und 3, 34 Abs. 2, 35 Abs. 1 REG, § 14 Abs. 1 EHRV werden die Erben des erbhoffreien Vermögens im Verhältnis zum Anerben als „Miterben" bezeichnet. In der gleichen Richtung liegt es, wenn der § 14 Abs. 1 EHRV klarstellend bemerkt, daß der Anerbe, auch wenn er am übrigen Nachlaß als Miterbe nicht beteiligt ist, für die Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner haftet.

Dieser Grundsatz erleidet jedoch durch andere Bestimmungen der Erbhofgesetzgebung wichtige Abwandlungen. Der Erbhof ist innerhalb des Gesamtvermögens eines Bauern ein Sondervermögen und innerhalb seines Gesamtnachlasses ein Sondernachlaß. Während sich das erbhoffreie Vermögen nach den Vorschriften des allgemeinen Rechts vererbt (§ 33 REG), geht der Erbhof hinsichtlich der Erbfolge und der Erbteilung seinen eigenen Weg; er bildet einen besonderen Teil der Erbschaft (§ 19 Abs. 1 REG). Der Erbhof geht kraft Gesetzes ungeteilt auf den Anerben über (§ 19 Abs. 2 REG), so daß es einer Übertragung des Hofes seitens der Erbengemeinschaft nicht bedarf. Der § 29 REG gestattet dem Anerben, den Anfall des Erbhofs auszuschlagen, ohne die Erbschaft in das übrige Vermögen auszuschlagen.

Hieraus ergibt sich, daß der Grundsatz der Einheitlichkeit des Vermögens und des Nachlasses bei einem Bauern durchbrochen ist. Sowohl der Erbhof als auch das erbhoffreie Vermögen (Nachlaß) sind zwar Bestandteile des Vermögens (des Nachlasses) des Bauern; sie führen jedoch beide in erheblichem Umfange ein rechtliches Eigenleben und sind insoweit verselbständigt.

Diese Regelung hat zur notwendigen Folge, daß sich die Vorschriften des allgemeinen Rechts auf das Vermögen und den Nachlaß eines Bauern nicht ohne weiteres übertragen lassen. Vielmehr muß in jedem einzelnen Falle unter besonderer Berücksichtigung der Zwecke der Erbhofgesetzgebung geprüft werden, ob und inwieweit eine Anwendung des allgemeinen Rechts möglich ist. Für das Erbrecht hat das RG.: RGZ. 155, 387 = JW. 1937, 3173 (m. Anm. von Vogels) ausgeführt, daß bei der Berechnung des gesetzlichen Erbteils und des Pflichtteils nach den allgemeinen Vorschriften des BGB. der Erbhof außer Betracht zu bleiben hat.

Von diesem Rechtsstandpunkt aus ist auch die hier streitige Frage zu lösen. In Ansehung der Hinterlassenschaft eines Bauern sind die Erben des erbhoffreien Vermögens im Verhältnis zum Anerben zwar Miterben. Zwischen ihnen besteht jedoch keine eigentliche Gemeinschaft i. S. der §§ 2032 ff. BGB. (KG.: JW. 1938, 1411), weil der Erbhof nicht gemeinschaftliches Vermögen aller an der Hinterlassenschaft beteiligten Erben wird, sondern ungeteilt auf den Anerben allein übergeht. Deshalb hat auch in dem Erbschein nach einem Bauern aus § 15 Abs. 1 EHRV die Angabe eines Bruchteilsverhältnisses zwischen den Erben des erbhoffreien Vermögens einerseits und dem Anerben andererseits zu unterbleiben. Nur die Erbquote der etwaigen mehreren Erben des erbhoffreien Vermögens kann und muß vermerkt werden. Daher muß der Erbhof selbst auch bei der Anwendung des § 2087 BGB. außer Betracht bleiben. Es ist deshalb rechtsirrtümlich, wenn das LG. im vorl. Falle den Erbhof zum Vermögen des Erblassers i. S. des § 2087 BGB. zieht und diese Auffassung zu der Auslegung verwertet, der Erblasser habe die Antragstellerin nicht zur alleinigen Erbin seines erbhoffreien Vermögens einsetzen wollen.

Ob bei dieser gebotenen Beschränkung der Betrachtung auf das erbhoffreie Vermögen in der Zuwendung der Hypothek an die Antragstellerin eine Alleinerbeneinsetzung auf dieses liegt oder ob der Erblasser die Antragstellerin nur auf einen Bruchteil des erbhoffreien Vermögens hat einsetzen und es in Ansehung des übrigen Teiles dieses Vermögens bei der gesetzlichen Erbfolge hat bewenden lassen wollen (§ 2088 Abs. 1 BGB.) oder ob nach seinem Willen die gesetzliche Erbfolge für das gesamte erbhoffreie Vermögen gelten sollte, muß der tatrichterlichen Würdigung überlassen bleiben. (Wird ausgeführt.) Zur Nachholung der hiernach erforderlichen Ermittlungen mußte unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache an das Nachlaßgericht zurückverwiesen werden.

Für den Fall, daß nach dem Ergebnis dieser Ermittlungen die Antragstellerin Alleinerbin des erbhoffreien Vermögens sein sollte, muß noch untersucht werden, ob in dem ihr zu erteilenden Erbschein auch der Anerbe als solcher aufzuführen ist. Die Antragstellerin hat nämlich übersehen, daß Konrad Sp. erst nach dem Tode des Erblassers als Eigentümer des Erbhofs im Grund-

buch eingetragen, der Erbhof also zunächst in den Nachlaß gefallen und aus diesem infolge der für den Erblasser und seine Erben bindend gewordenen Auflassung mit der Umschreibung des Eigentums wieder ausgeschieden ist. Die aufgeworfene Frage ist indessen zu verneinen. Gemäß § 15 Abs. 1 EHRV ist zwar, wenn zu einem Nachlaß ein Erbhof gehört, in dem Erbschein auch der Anerbe als solcher aufzuführen und der Wortlaut dieser Bestimmung scheint dafür zu sprechen, daß in jedem Erbschein nach einem Bauern der Anerbe als solcher, d. h. die Person desjenigen, der mit dem Tode des Erblassers Anerbe geworden ist, aufzuführen ist, also die Folge in den Erbhof zu bezeugen ist. Wäre diese Auslegung richtig, dann könnten nach einem Bauern — abgesehen von den Übergangszeugnissen nach § 15 Abs. 3 EHRV — nur zwei Erbscheine, nämlich ein „gemeinschaftlicher Erbschein" über die Erbfolge in das erbhoffreie Vermögen und zugleich über die Anerbenfolge in den Erbhof und ferner ein „Teilerbschein" (Anerbenschein, Hoffolgezeugnis) über die Anerbenfolge in den Erbhof (§ 15 Abs. 2 EHRV) erteilt werden. Die Erteilung eines „Teilerbscheins" lediglich über das erbhoffreie Vermögen wäre dann ausgeschlossen. Dies kann jedoch nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Der Zweck des § 15 Abs. 1 EHRV ist es, zu verhindern, daß, wenn zum Nachlaß ein Erbhof gehört, ein Erbschein ohne Erwähnung dieser Tatsache erteilt und dadurch, abgesehen von einem Dritten, der Anerbe und damit der Erbhof Schaden erleiden könnte (vgl. auch die Rspr. des Senats und des OLG. Celle zum HannHöfeG. v. 28. Juli 1909: KGJ. 34, A 333; 43, 285; OLG. 46, 227; JFG. 10, 75). Mit diesem Zweckgedanken ist die Erteilung eines Erbscheins über das erbhoffreie Vermögen durchaus vereinbar. Denn da ein solcher Erbschein begrifflich ein Teilerbschein, wenn auch ein solcher besonderer Art ist, muß diese Rechtsnatur ohnehin in dem Erbschein irgendwie deutlich zum Ausdruck gebracht werden, etwa dadurch, daß der Erbschein in der Überschrift als „Erbschein über das erbhoffreie Vermögen" bezeichnet oder daß im Text erwähnt wird, daß der Erblasser hinsichtlich des „erbhoffreien Vermögens" von dem A. als Erben beerbt worden ist. Hieraus ergibt sich, daß die Aufführung des Anerben als solchem nur insoweit einen Sinn hat und notwendig ist, als in dem Erbschein neben der Erbfolge in das erbhoffreie Vermögen auch die Folge in den Erbhof oder nur die letztere, nicht aber wenn lediglich die Erbfolge in das erbhoffreie Vermögen bezeugt werden soll. Für die Zulässigkeit eines Erbscheins über das erbhoffreie Vermögen sprechen auch noch weitere Gründe. Im bürgerlichen Recht ist ein Teilerbschein ganz allgemein zugelassen (§ 2353 BGB.). Einer sinngemäßen Anwendung dieses Rechts im Gebiet des Erbhofrechts stehen erbhofrechtliche Bedenken nicht entgegen. Auch das praktische Bedürfnis erfordert diese Anwendung. Andernfalls würde der Erbe des erbhoffreien Vermögens in seinem Verfügungsrecht wesentlich beeinträchtigt werden, wenn z. B. die Bezeugung der Anerbenfolge noch gar nicht möglich ist, etwa weil die Wahl nach den §§ 22, 23 REG noch nicht vollzogen ist. Der Erbe des erbhoffreien Vermögens hat aber auch davon abgesehen in jedem Falle ein beachtliches Interesse daran, nur die Erbfolge in das erbhoffreie Vermögen bescheinigt zu erhalten, insofern als der Gebührenberechnung bei dem gemeinschaftlichen Erbschein gemäß § 99 Abs. 2 Satz 1 KostO. der Wert des ganzen Nachlasses, dagegen bei einem Erbschein über das erbhoffreie Vermögen nur der Wert dieses Vermögens gemäß § 99 Abs. 2 Satz 2 KostO. zugrunde zu legen ist (vgl. für den Anerbenschein KG.: JFG. ErgBd. 18, 177).

Aus diesen Erwägungen hält der Senat die Erteilung eines Erbscheins über das erbhoffreie Vermögen eines Bauern für zulässig. Soweit der Senat in dem Beschluß: JW. 1936, 3403 = HöchstRRspr. 1936 Nr. 1446 einen abweichenden Standpunkt vertreten hat, wird er aufgegeben.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 6. Okt. 1938, 1 Wx 441/38.) [H.]

*

22. KG. — § 21 PrHöfeG. für die Provinz Hannover vom 9. Aug. 1909 (GS. 662); §§ 54 Abs. 2, 57 PrBäuerlErbhofR. vom 15. Mai 1933 (GS. 165); §§ 57 Abs. 2, 60 REG. Hatte ein vor dem 1. Juni 1933 verstorbener Hofeigentümer auf Grund des HöfeG. für die Provinz Hannover seiner Witwe die Befugnis eingeräumt, aus dem Kreis seiner Abkömmlinge den Anerben für den Hof zu bestimmen, so ist die dadurch geschaffene Rechtslage nach dem Inkrafttreten des PrBäuerlErbhofR., und später des REG bestehen geblieben. Das Bestimmungsrecht der Witwe muß in einem auszustellenden Erbschein erwähnt werden.

Der am 12. April 1925 verstorbene Anbauer Johann M. war Eigentümer einer in der Hannoverschen Höferolle eingetragenen Anbauerstelle und ist als solcher noch im Grundbuche eingetragen. In einem gerichtlichen Testament v. 21. Sept. 1920 hat er seiner Ehefrau den lebenslänglichen Nießbrauch an dem gesamten Nachlaß vermacht und ihr gemäß § 21 Abs. 1 PrHöfeG. für die Provinz Hannover das Recht überlassen, den Anerben für den Hof zu bestimmen. Der Erblasser wurde von seiner Ehefrau und seinen neun Kindern überlebt. Die Witwe hat bisher von dem Rechte der Bestimmung des Anerben keinen Gebrauch gemacht. Sie ist der Meinung, daß dieses Recht durch die neue Gesetzgebung weggefallen sei, und hat demgemäß im Januar 1938 gemeinsam mit zwei Kindern bei dem Nachlaßgericht beantragt, einen Erbschein nach der gesetzlichen Erbfolge ohne Erwähnung ihres Bestimmungsrechtes auszustellen. Der Antrag wurde in allen Rechtszügen zurückgewiesen.

Das REG, von dem bei der Beurteilung der Frage nach dem anzuwendenden Recht auszugehen ist, hat zwar im § 60 Abs. 1 mit seinem Inkrafttreten die landesgesetzlichen Vorschriften über das Anerbenrecht, also insbes. das PrBäuerlErbhofR. v. 15. Mai 1933 (GS. 165) und das PrHöfeG. für die Provinz Hannover v. 9. Aug. 1909 (GS. 662) außer Kraft treten lassen. Das gilt aber, da das REG im § 57 Abs. 2 seine Geltung auf die Erbfälle beschränkt, die nach dem 1. Okt. 1933 eingetreten sind, nicht bzgl. der vorher eingetretenen Erbfälle. Vielmehr ergibt sich aus § 57 Abs. 2 durch einen zwingenden Umkehrschluß, daß für diese Erbfälle das bisher geltende Recht maßgebend bleibt, insoweit also die Landesgesetze trotz des § 60 Abs. 1 fortgelten (ebenso Vogels, „REG" § 57 Anm. 6). Danach ist in erster Linie das PrBäuerlErbhofR. maßgebend. Dieses legt sich jedoch im § 54 Abs. 2 ebenfalls Wirkung nur für die Erbfälle bei, die sich nach seinem Inkrafttreten (dem 1. Juni 1933) ereignen, soweit nicht die (vom LG. herangezogene) Ausnahmevorschrift des § 57 Platz greift. § 57 sieht nun lediglich — unter gewissen Voraussetzungen — eine noch weitere Hinausschiebung der Wirksamkeit des Gesetzes vor, nämlich bis zu dem Zeitpunkt, in welchem über die Eintragung des schon bisher eingetragen gewesenen Hofes in die Erbhöferolle des PrBäuerlErbhofR. entschieden wird. Im vorl. Falle ist das PrBäuerlErbhofR. aber, weil der Erbfall bereits im Jahre 1925 eingetreten ist, schon nach der Regelvorschrift des § 54 Abs. 2 nicht anwendbar. Der § 56 PrBäuerlErbhofR., durch den u. a. das PrHöfeG. für die Provinz Hannover außer Kraft gesetzt worden ist, gilt nur im Zusammenhange mit § 54 Abs. 2 (ähnlich wie § 60 Abs. 1 REG nur im Zusammenhange mit § 57 Abs. 2). Er läßt also das Höferecht für die Provinz Hannover bzgl. der früheren Erbfälle in vollem Umfange bestehen.

Damit erweist sich die Stellungnahme des LG. im Ergebnis als zutreffend. Der Erblasser konnte gemäß § 20 HannHöfeG. in der hier gewählten Form bestimmen, daß sein überlebender Ehegatte befugt sein solle, unter den Abkömmlingen den Anerben zu wählen. Dieses Auswahlrecht erlischt für die Witwe nach § 21 Abs. 3 erst mit dem Erlöschen ihres Nießbrauchs. In jedem Falle wird demnächst einer der Abkömmlinge den Hof als Anerbe erwerben, sei es der von der Witwe als Anerbe Bestimmte oder sei es im Zeitpunkte des Erlöschens des Bestimmungsrechtes der gesetzlich Berufene. Bis dahin bleibt der Hof Eigentum aller beteiligten Erben nach den Grundsätzen der Erbengemeinschaft, und die Auseinandersetzung wird bis zum Übergange des Hofes in das Eigentum des Alleinerben hinausgeschoben (Linckelmann, „HannHöfeG." § 21 Anm. 69). In den auszustellenden Erbschein muß aber, da das Vorhandensein eines Anerben die Größe der Erbteile der einzelnen Miterben beeinflußt, auch die künftige — entweder kraft Bestimmung der Witwe oder kraft Gesetzes eintretende — Anerbenfolge als eine auflösende Bedingung für die vorläufige Bemessung der Erbteile kundbar gemacht werden (KG.: OLG. 46, 227). Die Ausstellung eines Erbscheines ohne einen entsprechenden Zusatz ist hiernach vom Nachlaßgericht mit Recht abgelehnt worden.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 27. Okt. 1938, 1 Wx 480/38.) [H.]

Mietrecht

23. AG. — § 2 MietSchG. Die Kündigung jüdischer Mieter, die Wohnungen in Häusern gemeinnütziger Bau- und Wohnungsgesellschaften innehaben, ist gerechtfertigt.

Die Kl. ist eine Gemeinnützige Wohnungsbaugenossenschaft. Der Bekl., Jude, ist Mitglied der Kl. und bewohnt in dem der Kl. gehörigen Grundstück in Charlottenburg die Wohnung Nr. 17, bestehend aus 2½ Zimmern, zufolge schriftlichen Vertrages vom 27. Nov. 1935 mit einer monatlichen Nutzungsgebühr von 86 RM. Die Kl. begehrt die Aufhebung des Mietverhältnisses unter Berufung auf die §§ 2 und 4 MietSchG. Sie trägt vor, sie könne als gemeinnütziges Wohnungsunternehmen es nicht länger verantworten, den Bekl. als Juden zusammen mit den arischen Mietern unter einem Dach wohnen zu lassen. Seit Anfang des Jahres 1937 sei der Bekl. wiederholt aufgefordert worden, die

Wohnung aufzugeben. Während es der Kl. bei 46 jüdischen Mietern gelungen sei, die Mietverträge auf Grund freier Vereinbarung zu lösen und die Räumung auch bereits herbeizuführen, weigere sich der Bekl., den berechtigten Forderungen der Kl. und der arischen Mitmieter zu entsprechen, und verlange eine gerichtliche Entsch. Die Kl. sei als gemeinnütziges Wohnungsbauunternehmen berufen, gesunde und billige Wohnungen zum Nutzen der deutschen Gemeinschaft zu schaffen und zu erhalten, eine Aufgabe, die sie größtenteils mit staatlichen Mitteln löse. Eine Hausgemeinschaft, wie sie insbes. in den Wohnungen der Kl. angestrebt werden muß, könne mit dem Bekl. als Juden nicht mehr in Betracht kommen. Die Hausgemeinschaft sei aber ein Bestandteil oder eine Vorstufe zur Schaffung einer wahren Volksgemeinschaft. Das Verbleiben des Bekl. bedeute für die arischen Mieter, insbes. bei der anerkannten Feindschaft des Judentums gegenüber dem deutschen Volke eine erhebliche Belästigung. Die Kl. beruft sich auf die zu den Akten gereichte Erklärung der arischen Volksgenossen und Mieter des betr. Hauses. Darüber hinaus habe die Kl. auch i. S. des § 4 MietSchG. ein erhebliches Interesse an der Herausgabe der Wohnung wegen dringenden eigenen Bedarfs, um sie wohnungsuchenden deutschen Volksgenossen zu geben.

Der Klage konnte der Erfolg nicht versagt werden.

Das Mietverhältnis der Parteien unterlag zwar den Bestimmungen des MietSchG., nach denen eine Kündigung seitens des Vermieters oder eine gerichtliche Aufhebung des Mietvertrages nur unter bestimmten Voraussetzungen erfolgen kann. Die Kl. stützt ihr Aufhebungsbegehren auf §§ 2 und 4 MietSchG. Die erstere Bestimmung gewährt dem Vermieter ein Recht, auf Aufhebung des Mietverhältnisses zu klagen, wenn sich der Mieter einer erheblichen Belästigung des Vermieters oder eines Hausbewohners schuldig macht. Die Kl. sieht die erforderte erhebliche Belästigung darin, daß der jüdische Bekl. im Gegensatz zu 46 anderen jüdischen Mietern, welche ihre Wohnungen bereits freiwillig geräumt haben, sich beharrlich weigert, im Wege freier Vereinbarung das Mietverhältnis aufzulösen, obwohl eine Hausgemeinschaft des Bekl. als Juden mit den nur noch aufgenommenen arischen Mietern bei der ausgesprochenen Feindschaft des Judentums zum deutschen Volke nicht möglich ist, auch die arischen Mieter über diesen für sie unerträglichen Zustand dauernd Beschwerde führen.

Dieser Begründung muß vom Standpunkt der Rechtsentwicklung im Dritten Reich nach Lage der hier besonders vorliegenden Umstände beigetreten werden.

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob eine Aufhebung des Mietverhältnisses über Wohnungen jüdischer Mieter in arischen Wohnhäusern allgemein mit der wiedergegebenen Begründung aus § 2 MietSchG. gerechtfertigt ist oder ob nicht vielmehr dem Gesetzgeber die Lockerung des MietSchG. im Sinne des Aufhebungsbegehrens vorbehalten werden muß.

Im vorliegenden Fall handelt es sich bei der Vermieterin um ein gemeinnütziges Wohnungsbauunternehmen mit der besonderen Aufgabe, gesunde und billige Wohnungen zum Nutzen des deutschen Volkes zu erstellen und bereitzuhalten, und zwar mit Hilfe von staatlichen Mitteln und unter Aufsicht staatlicher Organe. Der so gestellte Wohnraum soll also dem deutschen Volksgenossen zur Verfügung stehen und damit dem weitgehenden Zwecke der deutschen Volksgemeinschaft und der Gesundheit dienen. Von der deutschen Volksgemeinschaft sind aber die in Deutschland wohnenden Juden ausgeschlossen. Mit dieser geminderten Rechtsstellung des Juden ist es daher aber auch nicht vereinbar, daß sie solche Rechtsbeziehungen zu gemeinnützigen Einrichtungen des deutschen Volkes fortsetzen, welche ihr Verbleiben inmitten deutscher Einzelgemeinschaften, wie es die Hausgemeinschaft in Wohnungen der Kl. ist, ermöglichen. Wenn der Bekl. als einer der wenigen noch in einem Wohnblock der Kl. wohnenden jüdischen Mieter dennoch sich weigert, dem deutschen Gemeinschaftssinn zu weichen, so stellt sich sein Verhalten nach geltender Rechtsentwicklung als eine erhebliche Belästigung i. S. des § 2 MietSchG. dar, welche zur Aufhebung des Mietverhältnisses durch Richterspruch führen muß. Der Tatbestand einer solchen Belästigung ist um so mehr anzunehmen, als der Bekl. in einer Gerichtsverhandlung zu einer Räumung der Wohnung grundsätzlich bereit war, diese aber von der Entschädigung für eine i. J. 1926 beim Eintritt in die klagende Genossenschaft eingezahlten Baukostenzuschuß von 2000 *RM* abhängig machen wollte, während die Rückzahlung dieser Summe vertraglich ausdrücklich ausgeschlossen worden ist und die Kl. eine solche Entschädigung auch nicht zu zahlen berechtigt ist. Wirtschaftlich betrachtet ist hierbei zu berücksichtigen, daß der Bekl. durch ein nunmehr zwölfjähriges billiges Wohnen in dem von der Kl. erstellten Hause eine weitreichende Gegenleistung für den eingezahlten Baukostenzuschuß empfangen hat.

Im übrigen kann sich der Bekl. auch nicht auf § 7 seines ursprünglichen Nutzungsvertrages berufen, nach welchem ihm als Gegenleistung für den nicht erstattungsfähigen Baukostenzuschuß ein dauerndes Wohnrecht bei Erfüllung seiner sonstigen vertraglichen Pflichten eingeräumt worden ist.

Denn ebenso wie die erörterten gesetzlichen Bestimmungen des § 2 MietSchG. nur nach den geltenden nationalsozialistischen Anschauungen über die Bedeutung der deutschen Hausgemeinschaft in Einrichtungen gemeinnütziger deutscher Wohnungsbaugenossenschaften ausgelegt werden können, muß die Anwendbarkeit solcher vertraglicher Einzelbestimmungen aus Verträgen der Vergangenheit verneint werden, die im Widerspruch zu der heutigen geminderten Rechtsstellung der Juden im nationalsozialistischen Deutschland stehen. Dem Bekl. wurde das Recht dauernden Wohnens im Hause der Kl. in den Verträgen des Jahres 1926 unter ganz anderen Verhältnissen, insbes. der damals noch geltenden Gleichstellung von Juden und Deutschen im Rahmen aller bestehenden Gemeinschaftsgebilde ausnahmslos eingeräumt. Eine solche Gleichstellung ist indessen heute auf weitesten Lebensgebieten überwunden und jedenfalls innerhalb von gemeinnützigen, dem deutschen Volke dienenden Einrichtungen, wie es die Kl. darstellt, nicht mehr vertretbar. Der besagten Vertragsklausel ist daher die Rechtswirksamkeit zu versagen, weil sie gegen unabdingbare Rechtsvorstellungen des deutschen Volkes verstößt.

(AG. Charlottenburg, Abt. 47, Urt. v. 3. Sept. 1938, 47 C 836/38.)

*

24. LG. — Ist ein Mieter, dem die Vornahme der Schönheitsreparaturen oblag, ausgezogen, ohne dieser Verpflichtung zu genügen, und soll das Gebäude, in welchem sich die Mieträume befinden, nach dem Auszuge des Mieters enteignet und abgerissen werden, so kann der Vermieter und Hausbesitzer als Schadensersatz nicht den Betrag verlangen, der zur Ausführung der Schönheitsreparaturen notwendig wäre, sondern nur den Betrag, den der Vermieter und Hausbesitzer wegen des Zustandes der Mieträume infolge der Nichtausführung der Schönheitsreparaturen bei der Enteignung bzw. Veräußerung weniger erhält.

Die Bekl. haben im Hause der Kl. in Berlin zwei Läden zum Betriebe einer Schankwirtschaft sowie eine Wohnung gemietet. Nach dem Mietvertrage haben sie die Verpflichtung zur Ausführung der Schönheitsreparaturen übernommen.

Das Miethaus gehört zu den Gebäuden, die im Zuge der städtebaulichen Neugestaltung Berlins abgerissen werden sollen. Durch ein Schreiben vom ... erhielten die Kl. vom Oberbürgermeister der Reichshauptstadt Berlin den Bescheid, daß das Grundstück zur Durchführung der städtebaulichen Maßnahmen benötigt werde und zum 1. Okt. 1938 völlig geräumt werden müsse. Die Bekl. haben sich daraufhin mit der Stadtverwaltung des Bezirks Tiergarten unmittelbar dahin geeinigt, daß sie bereits zum 1. Juni 1938 ausziehen durften und bis zum Ablauf des Jahres die Mietzinszahlung für ihre Räume von der Stadt übernommen wurde. Seit ihrem demgemäß am 1. Juni 1938 erfolgten Auszug stehen die Räume leer. Mit Schreiben v. 26. Mai und 2. Juni 1938 teilte sodann die Stadtverwaltung den Bekl. mit, daß das Grundstück unter Aufhebung der bisherigen Vfg. vorläufig noch nicht benötigt werde. Auf eine entsprechende Anfrage wurde den Kl. ferner durch ein Schreiben v. 8. Juni 1938 mitgeteilt, sie möchten die ausgesprochenen Kündigungen zurücknehmen, eine Berechtigung der Eigentümer zur vollen Vfg. über das Grundstück könne ihnen jedoch nicht zuerkannt werden.

Durch zwei erneute Schreiben der Stadtverwaltung vom 24. Juni 1938 wurde alsdann den Kl. wiederum eröffnet, daß nun doch die Kündigungen noch bis zum 30. Juni 1938 auszusprechen seien und die Räumung bis zum 1. Jan. 1939 erfolgt sein müsse. Die Wiedervermietung leergewordener Räume solle unterbleiben. Diese Mitteilung wurde schließlich durch einen Bescheid vom 7. Juli 1938 nochmals wiederholt, worin erklärt wurde, die Räumung habe — „mit Ausnahme der im Erdgeschoß gelegenen Mieträume" — bis zum 1. Jan. 1939 zu erfolgen. Sodann wurde nochmals die Vfg. v. 24. Juni 1938 dahin ergänzt, daß eine Kündigung der Mieter des Erdgeschosses einstweilen nicht erforderlich sei.

Die Bekl. haben bei ihrem Auszug keinerlei Reparaturen oder Instandsetzungsarbeiten in den Mieträumen ausführen lassen. Die Kl. verlangen nunmehr Zahlung eines Betrages von ... *RM* mit der Begründung, dieser Betrag sei nach den Feststellungen in dem durchgeführten Beweissicherungsverfahren zur Ausführung der unterlassenen Schönheitsreparaturen erforderlich.

Der Geltendmachung dieses Ausspruches stehe die Be-

schlagnahme des Grundstücks nicht entgegen, da von dieser die Räume im Erdgeschoß nicht betroffen seien. Die von den Bekl. aufgegebenen Räume könnten daher sofort neu vermietet werden und müßten dies auch, weil sonst die Stadt zweifellos ihre bisherigen Mietzahlungen einstellen werde.

Die Kl. beantragten daher, die Bekl. als Gesamtschuldner zur Zahlung von 1850 *RM* zu verurteilen, hilfsweise festzustellen, daß die Bekl. als Gesamtschuldner verpflichtet sind, an die Kl. den Betrag zu zahlen, den die Kl. wegen des Zustandes der Mieträume infolge Nichtausführung der Schönheitsreparaturen bei der Enteignung oder Veräußerung des Grundstücks weniger erhalten.

Das LG. hat unter Abweisung der Klage im übrigen nach dem Hilfsantrag erkannt.

Die Bekl. sind ihrer unstreitig vertraglich übernommenen Verpflichtung zur Ausführung der Schönheitsreparaturen nicht nachgekommen. Diese Verpflichtung ist, zumindest zum weitaus größten Teil, nicht erst beim Auszug der Bekl. fällig geworden, sondern bereits im Laufe der Mietzeit. Denn den Mieter trifft die Pflicht zur Ausführung der Reparaturen bereits im Zeitpunkt der Entstehung der „Schönheitsmängel". Er muß diese im Rahmen eines vernünftigen Wirtschaftsplanes und nicht erst bei Beendigung der Mietzeit ausführen. Die Bekl. sind daher, da sie ohne Ausführung der notwendigen Reparaturen ausgezogen sind und deren Ausführung verweigern, grundsätzlich in Verzug geraten, der sie zum Schadensersatz verpflichtet, wenn, wie die Kl. behaupten, die Mieträume erneut als gewerbliche Räume vermietet werden sollen und können („Grundeigentum" 32, 788 und 33, 386).

Sie sind dieser Schadensersatzpflicht auch nicht bereits deshalb enthoben, weil sie vorzeitig aus dem Vertrag entlassen wurden und weil die Stadt Berlin zur Zeit monatliche Beträge in Höhe des bisherigen Mietzinses an die Kl. bezahlt. Denn die Stadt Berlin ist damit noch nicht in alle Mieterpflichten der Bekl. eingetreten. Die Mietzahlungen bedeuten lediglich eine Schadloshaltung der Kl. für die auf Veranlassung und im Interesse der Stadt erfolgte vorzeitige Entlassung der Bekl. Es ist auch nicht ersichtlich, daß die Kl. auf ihren Anspruch gegen die Bekl. verzichtet hätten oder die Stadt Berlin die Schuld bzw. die Erfüllung übernommen hätte. Vielmehr ergibt die von der Stadt erteilte Auskunft, daß den Bekl. von der Stadt auch keine Andeutungen dahin gemacht worden sind, sie sollten die Räume in dem Zustand, in dem sie sich befänden ,zurücklassen.

Der auf Ersatz der zur Ausführung der Schönheitsreparaturen erforderlichen Kosten gerichtete Klageanspruch ist auch nicht schon deshalb unbegründet, weil die Kl. selbst die Arbeiten noch nicht ausgeführt haben und auch nicht die Absicht haben, den beanspruchten Geldbetrag zur Ausführung der Arbeiten zu verwenden. Wie bereits das LG. Berlin („Grundeigentum" 1936, 99) und das KG. („Grundeigentum" 1935, 460) zutreffend entschieden haben, kommt es nicht darauf an, ob die Arbeiten bereits ausgeführt sind oder nicht. Wenn die Räume weiter ihrem bisherigen Vertragszweck dienen sollen, sind die Schadensersatzansprüche des Vermieters schon entstanden, als der Mieter mit seiner vertraglichen Verpflichtung in Verzug geriet. Wie der Vermieter über das als Schadensersatz vorhandene Geld verfügt, ja, ob er es überhaupt noch zur Behebung des Schadens verwenden kann, berührt die einmal entstandene Schuld nicht. Es bleibt dem Vermieter wie auch jedem anderen Schadensersatzberechtigten überlassen, ob er den entstandenen Schaden beseitigen will oder nicht. Es muß daher auch gleichgültig sein, wie das KG. in der zitierten Entsch. ausführt, ob sich nachträglich, bevor es noch zu einem Ausgleich des Schadens kommt, der bisherige Mietzweck der Räume ändert und dadurch die Ausführung der Schönheitsreparaturen zum Teil oder auch gänzlich überflüssig wird, denn durch eine solche nachträgliche Änderung kann die einmal entstandene Forderung nicht getilgt werden.

Ist somit in Übereinstimmung mit den zitierten Entsch. davon auszugehen, daß dem Vermieter grundsätzlich wegen der Nichtausführung der Schönheitsreparaturen ein Geldanspruch in Höhe der zu ihrer Ausführung notwendigen Kosten zusteht, unabhängig davon, ob die Arbeiten bereits ausgeführt sind und im Zeitpunkt der Urteilsfällung noch ausgeführt werden sollen und können, so ist doch andererseits erforderlich, daß in dem Zeitpunkt der Inverzuggeratung des Mieters, die Arbeiten noch ausführbar waren und die Mieträume ihrem alten Vertragszweck weiterdienen sollten. Es muß also ein Schaden einmal entstanden sein. Der Ersatzanspruch des Vermieters gegen den Mieter entfällt, wenn, wie auch D a h m a n n (vgl. „Grundeigentum" 1937, 117) hervorhebt, der Mieter den Nachweis erbringt, daß — z. B. wegen Umbaus der Räume — ein derartiger Schaden überhaupt nicht eingetreten ist.

Dieser Nachweis muß in vorliegendem Rechtsstreit als erbracht angesehen werden, und insoweit weicht der Sachverhalt von dem den angeführten Entsch. zugrunde liegenden Sachverhalt ab. Die von den Bekl. verlassenen Räume konnten und können nach deren Auszug weder dauernd noch vorübergehend ihrem bisherigen Zweck zugeführt werden. Vielmehr dürfen die Kl., wie die eingeholten Auskünfte entgegen den klägerischen Behauptungen ergeben, die Räume überhaupt nicht neu vermieten. In der Auskunft des Bezirksbürgermeisters vom ... ist ausdrücklich gesagt: daß die durch die vorzeitige Räumung der Bekl. freigewordenen Räumlichkeiten grundsätzlich nicht wieder vermietet werden durften und eine Ausnahmegenehmigung nicht erteilt werde. Es ist zwar richtig, daß den Kl. im Schreiben des Bezirksbürgermeisters v. 7. Juli 1938 mitgeteilt wurde, die Räumung habe — mit Ausnahme der im Erdgeschoß belegenen Räume — bis 1. Jan. 1939 zu erfolgen, und in einem weiteren Schreiben noch dahin eine Ergänzung getroffen wurde, daß die Kündigung der Mieter des Erdgeschosses einstweilen nicht erforderlich sei. Diesen Bescheiden geht jedoch das Schreiben des Oberbürgermeisters v. 24. Juni 1938 voraus, nach welchem eine Wiedervermietung leergewordener Räume nicht vorzunehmen ist. Daraus muß im Zusammenhang mit den bereits erwähnten Auskünften gefolgert werden, daß von weiteren Räumungen des Erdgeschosses zwar abgesehen werden kann, daß es aber bei den bisherigen Räumungen verbleibt.

Die Kl. hatten und haben demnach also bereits seit dem Auszug der Bekl. nicht die Möglichkeit, noch vor Aufgabe ihres Eigentums und Abriß des Hauses, die Räume überhaupt wieder zu vermieten. Es wäre daher, worauf die Bekl. mit Recht hinweisen, sinnlos und unverantwortlich, in den Räumen noch Reparaturen ausführen zu lassen. Den Kl. ist deshalb auch niemals ein Schaden in H ö h e d e r f ü r d i e s e R e p a r a t u r e n e r f o r d e r l i c h e n K o s t e n entstanden.

Die Verneinung dieses mit dem Hauptantrag geltend gemachten Schadensersatzanspruches schließt jedoch nicht die Entstehung und damit Geltendmachung jeglichen Schadens aus. Mit dem Wegfall des Anspruchs auf Naturalherstellung, also auf Ausführung der Schönheitsreparaturen, entfällt zwar auch ein Anspruch gemäß § 249 S. 2 BGB., denn die Möglichkeit, grundsätzlich noch Herstellung zu fordern, bildet die Voraussetzung auch des Anspruchs auf die Herstellungskosten. Bei dem Wegfall beschränkt sich jedoch der Anspruch des Schadensberechtigten auf Ersatz des Minderwertes gemäß § 251 BGB. (vgl. RG.: JW. 1937, 3223 [18]). In der Auskunft des Bezirksbürgermeisters v. 4. Okt. 1938 wird es als selbstverständlich bezeichnet, daß der renovierungsbedürftige Zustand der Räume bei einem Verkauf oder einer Enteignung eine Minderung des Kaufpreises bzw. der Entschädigungssumme bedingt.

Wie die von den Kl. überreichten Photographien bereits zur Genüge ergeben, befinden sich die Räume auch in einem derartigen Zustand, daß nicht bereits deshalb die Entstehung eines Schadens verneint werden kann, weil die unterlassenen Schönheitsreparaturen etwa so geringfügig sind, daß sie auf den zu erwartenden Erlös ohne Einfluß wären.

In Höhe dieses Mindererlöses ist den Kl. durch die unterlassene Ausführung der Schönheitsreparaturen ein Schaden entstanden. Dieser Geltendmachung stehen auch nicht die sich aus dem Schikaneverbot und dem Grundsatz von Treu und Glauben ergebenden Einwände entgegen. Diese könnten höchstens gegenüber dem Hauptanspruch, der jedoch bereits an dem Nachweis eines entsprechenden Schadens scheitert, von Bedeutung sein. Die Erwägungen von Treu und Glauben gebieten vielmehr gerade Ersatz dieses Schadens durch die Bekl. Wenn die Kl. auch nicht Ausführung der Schönheitsreparaturen oder Ersatz der dementsprechenden Kosten verlangen können, so werden die Bekl. deshalb noch nicht vollständig von der übernommenen vertraglichen Verpflichtung entbunden. Diese vertragliche Verpflichtung soll den Kl. den Wert der Räume und des Hauses erhalten. Der zu erwartende Mindererlös ist aber gerade eine Folge der nach dem Vertrage von den Bekl. zu tragenden und auszugleichenden Wertminderung der Räume. Der Verpflichtung, den Wert der Räume aufrechtzuerhalten, sind die Bekl. auch bereits während der Dauer der Mietzeit und nicht erst bei ihrem Auszug nicht nachgekommen. Sie können sich nicht, nachdem sie jahrelang die Vorteile dieser Regelung, nämlich den entsprechend niedrigeren Mietzins, genossen haben, darauf berufen, daß nunmehr bei ihrem Auszug durch Eintritt eines zufälligen Ereignisses die Ausführung der Schönheitsreparaturen, die sich bis dahin hinausgezögert haben, nicht mehr verlangt werden kann.

Die Entstehung des nach dem Hilfsklageantrag verlangten Schadens ist nachgewiesen, und diesen Schaden haben die Bekl. zu ersetzen. Die Höhe des Schadens ist allerdings noch ungewiß. Es ist den Bekl. darin beizupflichten, daß er voraussichtlich

nicht gleich dem Zahlungsanspruch des Hauptantrages ist, denn der Minderwert der Räume wird nicht den zu ihrer Reparatur notwendigen Kosten entsprechen.

(LG. Berlin, Urt. v. 19./26. Okt. 1938, 228 O 229/38.)

*

25. OLG. — § 535 BGB. Der Vermieter eines Hauses haftet seinem Mieter nur bei ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarung dafür, daß die Lichtreklame des Mieters nicht durch die Lichtreklame anderer Mieter beeinträchtigt wird; anders jedoch, wenn die Lichtreklame des Mieters wesentlich durch eine über das ortsübliche und gewöhnliche Maß hinausgehende Lichtreklame gestört wird. †)

Der Bekl. ist nach dem Mietvertrage verpflichtet, der Kl. den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache zu verschaffen. Hierzu gehört auch die Überlassung der Reklamefläche an der Straßenfront des von der Kl. gemieteten Hauses. Der Mietvertrag bestimmt ausdrücklich, daß die Kl. berechtigt ist, die Reklamefläche weiter für ihre Reklame zu benutzen. In diesem Benutzungsrecht erschöpft sich jedoch die Bedeutung des § 10 des Mietvertrages. Der Mietvertrag gibt der Kl. keinen Anspruch auf Unterlassung von Lichtreklame durch die übrigen Mitmieter des Grundstücks. Ein so weitgehender Unterlassungsanspruch hätte einer ausdrücklichen Vereinbarung bedurft. Aus dem in § 10 vereinbarten Recht auf Benutzung der Reklamefläche läßt er sich nicht folgern. Nur soweit die Reklame der Mitmieter das ortsübliche Maß übersteigt und in einer stärkeren Weise, als es bei Lichtreklamen üblich ist, die benachbarte Reklame der Kl. wesentlich beeinträchtigt, liegt eine Beeinträchtigung des vertragsmäßigen Gebrauchs der Mietsache vor, für den der Bekl. einzustehen hat.

Eine solche wesentliche Beeinträchtigung, auf deren Beseitigung der Bekl. von der Kl. in Anspruch genommen werden könnte, besteht jedoch nicht.

(OLG. Hamburg, Urt. v. 26. Okt. 1938, 5 U 197/38.)

Anmerkung: 1. Grundsätzlich hat der Mieter eines Geschäftsraumes, auch wenn keine besonderen Abreden deshalb getroffen sind, das Recht, die Außenseite des Hauses, in welchem er die Geschäftsräume gemietet hat, von der Unterkante der eigenen Fenster bis zur Unterkante der im höheren Stockwerk befindlichen Fenster für seine eigene — nicht für hausfremde — Reklame voll zu benutzen (JW. 1924, 222; RGZ. 80, 281/284 = JW. 1913, 94). Form und Art der Reklame — sofern sie nur „polizeigemäß" ist und nicht gegen ein Gesetz, z. B. gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7. Juni 1909 verstößt — sind völlig in das Belieben des Geschäftsraummieters gestellt. Er kann sich mit einfachen Firmenschildern begnügen — er kann aber auch mit den Mitteln der modernen Beleuchtungstechnik seine Reklame ausgestalten. Es schließt sogar die Erlaubnis zur Anbringung eines bestimmten Firmenschildes (z. B. Schwarzglasschild mit Goldbuchstaben) die Berechtigung zum Anbringen eines anderen Schildes (mit Neonlicht, mit beweglichen Leuchtbuchstaben) grundsätzlich nicht aus, sondern ein (DMietR. 1929, 852; Mietgericht 1929, 104). Gestattet ist sogar die Ausdehnung der Reklame auf die bezeichnete Hausfassade, selbst wenn der Raummieter diese ursprünglich infolge ihrer Beschaffenheit nicht benutzt hat oder benutzen konnte, die Außenwand aber später infolge einer Änderung für Reklamezwecke benutzbar wurde. Insoweit ist die Hauswand mitvermietet (Mittelstein: Miete 1932, 256).

2. Abgesehen von ausdrücklichen einschränkenden Vertragsabreden bestehen aber folgende Schranken für die Benutzung der „mitvermieteten" Hauswand.

a) Der Hauseigentümer braucht gröbliche Beeinträchtigungen der Hausfront, gröbliche Schädigungen des Hausgrundstücks nicht zu dulden. Man denke an Verunzierungen eines im schönsten, edelsten Stile erbauten Hauses durch geschmacklose Reklameentfaltung, an Beschädigungen eines mit bestem und teuerstem Material erbauten modernen Kaufhauses durch rücksichtslose Anbringung von Reklamen außerhalb der bereits hierfür vorgesehenen Stellen und Vorrichtungen. Die Grenzen werden durch § 242 BGB., durch Treu und Glauben sowie die Verkehrssitte zu ziehen sein, wobei nicht kleinlich, etwa nur nach künstlerischen Gesichtspunkten geurteilt werden darf. Denn schließlich hat ja der Hausbesitzer „für Geschäftszwecke" vermietet, und das Ziel der Reklame ist Werbung, nicht die Lösung eines Kunstproblems oder ästhetische Befriedigung.

Des weiteren kann der Hausbesitzer als Vermieter von dem Geschäftsraummieter verlangen, daß er sich innerhalb der Grenzen des ihm nach dem Mietvertrage zustehenden Besitzes und Nutzungsrechtes hält. daß er nicht in den Mietbesitz, in das Mietnutzungsrecht eines anderen Mieters (desgleichen auch Pächters) widerrechtlich eingreift — vgl. hierüber zu b. Er muß sogar gegen den Störer vorgehen, denn sonst würde er sich durch die Weigerung selbst zum Störer machen (JW. 1904, 141; OLG. 2, 315; 3, 11; 5, 72; Staudinger, „BGB.", 1937, § 536 Anm. 15 S. 576; RGRKomm. (1934) § 535 BGB. Anm. 1 S. 160). Dem Anspruch des gestörten Mieters aus §§ 535, 536 BGB. kann der Vermieter nicht damit entgegentreten, daß sein Vertrag mit dem Störer ihm keine Handhabe zum Eingreifen biete oder es sei kein Verschulden des Vermieters, daß er die verschiedenen Vertragsrechte die Mietnachbarn nicht genauer aufeinander abgestimmt habe (Schubart: EingA. 1928, 713, Anm. zu Ziff. 677; vgl. LG. Berlin in diesem Heft S. 3176 [26]). Wohl aber schützt ihn eine Vertragsbestimmung, daß der Mieter wegen Nebenmietstörungen gegen den Vermieter nicht vorgehen dürfe (HansGRZ. 99 Nr. 59).

Der Anspruch des Vermieters auf Beseitigung unzulässiger, übergreifender Reklame findet seine gesetzliche Grundlage in § 550 BGB.

b) Aber auch die Nachbarmieter können eine unzulässige übergreifende Reklame abwehren. Diese kann ihr Besitzrecht in folgender Weise verletzen: Der störende Geschäftsraummieter kann einmal seine Reklame auf Außenwandflächen angebracht haben, die ihm nicht mitvermietet sind, seine Reklame kann hinüberreichen auf Flächen, die zu dem Mietbesitz der Nachbarmieter gehören. So lag der Fall in der Entscheidung im RGZ. 80, 281 = JW. 1913, 94. Lichtreklamen waren angebracht auf Teilen der Außenwand, die nicht mehr zu der oben zu 1 umschriebenen mitvermieteten Außenseite gehörten, ragten in die Schaufenster des Nachbarmieters hinein und verdeckten diese (desgleichen in der Entsch. LG. Berlin in diesem Heft S. 3176 [26]). Sodann aber kann die Reklame sich zwar innerhalb des Mietbesitzes des Störers befinden, die von ihr aber ausgehenden Einwirkungen reichen in den Mietbesitz der Nachbarmieter hinein und beeinträchtigen diesen wesentlich. Das kann durch Licht-, das kann durch Schallreklame (man denke an die jetzt nicht seltenen Lautsprecher vor Radiogeschäften) erfolgen.

Die rechtliche Grundlage der Ansprüche des Nachbarmieters auf Unterlassung unzulässiger übergreifender Reklame sind die Bestimmungen über den Besitzschutz §§ 858, 862 BGB. allein oder i. Verb. m. §§ 823 Abs. 1 oder 2 BGB.

Besitzstörung ist aber nicht jede als lästig empfundene Beeinträchtigung. Insbesondere kann nicht eine Reklame, die von dem Mietbesitz des Störers ausgeht und sich innerhalb der Grenzen des Mietbesitzes befindet, darum als Besitzstörung angesehen werden, weil sie sich von den Reklamen der Nachbarmieter heraushebt, ja diese sogar „überschreit". Denn Reklame ist eben Werbung, will aufmerksammachen, wozu ein gewisses Vordrängen gehört.

Um einen Ausgleich der Interessen der Mieter herbeizuführen — die nicht einmal ihrerseits Geschäftsraummieter zu sein brauchen (vgl. MietGer. 1930, 105) —, pflegt man (vgl. KG.: KGBl. 26, 125; JW. 1932, 2984; Staudinger, „BGB.", 1935, § 906 Anm. 4 S. 331 und §§ 861, 862 Anm. 27 S. 55) die nachbarrechtlichen Grundsätze des § 906 BGB. heranzuziehen. Daß Lichtausstrahlungen zu den sog. Immissionen zu zählen sind, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung. Sie werden unzulässig sein, wenn sie einmal eine wesentliche Beeinträchtigung herbeiführen, sodann aber auch nur — wie das RG.: RGZ. 133, 152 = JW. 1931, 3354 [23] und RGZ. 133, 342 = JW. 1932, 2068; Warn. 1936 Nr. 172 (S. 331) ausführt —, wenn sie nach den örtlichen Verhältnissen ungewöhnliche sind, wobei auch der zeitliche Wandel der Anschauungen zu berücksichtigen ist. Aus diesen Erwägungen hat — mit Recht — das vorstehende Urteil des OLG. Hamburg die Klage des gestörten Mieters abgewiesen (vgl. auch EA. 28, 713 Ziff. 677). Bemerkt sei, daß bei „Zuführung durch besondere Leitung" eine wesentliche Beeinträchtigung der Einwirkung nicht erforderlich ist. Als „Zuführung durch besondere Leitung" dürfte ein Hineinwerfen der Lichtstrahlen in den Mietbesitz der Mietnachbarn durch Spiegelung, Reflektoren anzusehen sein.

LGDir. Dr. G. Bandmann, Berlin.

*

26. LG. — Gewerberaummieter dürfen nur auf dem ihrem Gewerberaum entsprechenden Teile der Hausaußenwand Lichtreklame machen und können sich gegenüber Nachbarmietern nicht auf ihre eigenen abweichenden Vereinbarungen mit dem Vermieter berufen. Unklarheiten eines Mietvertrages in der Abgren-

zung der Vertragsrechte der Mietnachbarn hinsichtlich der Lichtreklame gehen zu Lasten des Vermieters.

Der Antragsteller zu 2 ist Eigentümer des D.-Straße Berlin in der sog. Friedrichstadt, in der Nähe des Bahnhofs Friedrichstr., belegenen Hauses. Der Antragsteller hat von ihm auf Grund schriftlichen Mietvertrages das gesamte Haus zum Hotelbetrieb mit Ausnahme eines im Erdgeschoß belegenen früheren Ladens gemietet. Nach § 12 des Mietvertrages ist der Antragsteller verpflichtet, etwaige Störungen zu dulden, die sich aus der Vermietung dieses früheren Ladens als Restauration ergäben. Demnächst hat die Antragsgegnerin zu 1 diesen Laden zum Betriebe eines Cafés gemietet. Dabei vereinbarte sie mit dem Antragsgegner zu 2, daß sie zur Anbringung einer Lichtreklame an der Hauswand berechtigt sein solle. Die Antragsgegnerin zu 1 hat ein Gerüst an dem Hause errichtet, um eine Lichtreklame mit rotem Licht unmittelbar über dem Eingang des Hotels von der Sohle des ersten Stockwerks bis zur Sohle des vierten Stockwerks mit den Worten: „Tanzbar", „Café" anzubringen.

Der Antragsteller hat darauf hingewiesen, daß durch die Reklame der Eindruck erweckt werde, das Hotel selbst sei eine Tanzbar und ein Kaffeehausbetrieb, und daß durch diese schreiende Reklame die Hotelgäste von dem Aufsuchen seines ausgesprochenen ruhigen Hotels abgeschreckt wurden, und hat eine einstweilige Verfügung dahin erwirkt, daß der Antragsgegnerin zu 1 die Unterlassung der Anbringung der beabsichtigten Lichtreklame und die Beseitigung des zum Zwecke dieser Anbringung errichteten Gerüstes, dem Antragsgegner zu 2 aber aufgegeben wurde, die Anbringung der Lichtreklame zu untersagen und das errichtete Gerüst zu beseitigen. Er hat — nach eingelegtem Widerspruch der Antragsgegner — Bestätigung der einstweiligen Verfügung beantragt, während die Antragsgegner deren Aufhebung begehren.

Die einstweilige Verfügung ist bestätigt worden.

Das Verhalten des Antragsgegners zu 2 stellt eine unmittelbare Verletzung des Mietvertrages dar. Denn Inhalt dieses Vertrages ist die ungestörte Ausübung des Hotelgewerbes durch den Antragsteller. Durch das beabsichtigte Reklameschild wird der Eindruck erweckt, daß das Hotel selbst eine Tanzbar unterhalte, und daß es ein Lokal mit lautem Nachtbetrieb sei. Das Reklameschild würde sowohl in seiner Größe als auch durch die grell leuchtenden Buchstaben „Tanzbar, Café" unbedingt auf jeden unbefangenen Besucher den Eindruck erwecken, daß es sich hier in der Hauptsache um ein Vergnügungslokal handele, bei dem der Hotelbetrieb in den Hintergrund trete. Das Gericht vermag sich der Auffassung des Antragstellers, daß die Inhaber von Hotels in der Friedrichstadt eine solche Reklame durch andere Gaststätteninhaber im gleichen Hause dulden müßten, nicht anzuschließen. Es kommt hierbei wesentlich auf die Umstände, insbes. auf die Größe des Grundstückes, auf die Größe und die Art des Reklameschildes und auf den Anstrich des Hauses im ganzen an. Bei Anbringung des Reklameschildes würde die über dem 1. Stockwerk befindliche Inschrift „Hotel Habsburger Hof" gänzlich in den Hintergrund treten. Für den von der Straße kommenden Beobachter würde die Inschrift „Hotel Habsburger Hof" durch das Reklameschild verdeckt werden. Der Antragsteller ist nicht verpflichtet, auf Grund des § 12 des Mietvertrages die Anbringung eines solchen Reklameschildes zu dulden. § 12 des Vertrages spricht nur davon, daß der Inhaber des Hotels n o r m a l e Störungen, die sich aus der Vermietung des früheren Ladens an eine Restauration ergeben, dulden müsse und insoweit keine Schadensersatzansprüche geltend machen könne. Die Lichtreklame, die die Antragsgegnerin zu 1 anzubringen beabsichtigte, kann jedoch nicht mehr als eine normale Störung i. S. dieser Vertragsbestimmung angesehen werden. Offenbar haben die Parteien bei Abschluß des Vertrages an eine Störung durch Lärm, der aus dem Caféhaus dringen kann, gedacht. Der Antragsgegner zu 2 durfte daher nicht mit der Antragsgegnerin zu 1 die Vereinbarung treffen, daß letztere ein solches Reklameschild an der Hauswand anbringen dürfe. Er ist daher auch gehalten, der Antragsgegnerin zu 1 die Anbringung des Schildes zu untersagen und sie zur Beseitigung des Gerüstes zu veranlassen.

Gegenüber der Antragsgegnerin zu 1 steht dem Antragsteller der Besitzstörungsanspruch aus § 862 BGB. zu, denn das Verhalten der Antragsgegnerin stellt eine verbotene Eigenmacht i. S. des § 858 BGB. dar. — Der Antragsteller hat entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht nur an den Innenräumen des Hauses, sondern auch an der Außenwand den unmittelbaren Besitz. Dieses Besitzrecht erstreckt sich auf diejenige Fläche des Hauses, die mit den Innenräumen des Mieters in einer gleichen Linie verläuft. Daraus folgt das Recht des Antragstellers, an der Hauswand so weit Reklame zu machen, als seine Hotelräume reichen. Der Antragsteller würde daher durch die Anbringung des Schildes in seinem Besitz gestört werden. Die Beseitigung dieser Störung kann er von der Antragsgegnerin zu 1 verlangen. Gegenüber diesem Anspruch des Antragstellers kann die Antragsgegnerin nicht auf ihre Vereinbarung mit dem Antragsgegner zu 2 verweisen.

Denn gemäß § 863 BGB. kann der Besitzstörungsanspruch nur mit der Behauptung vernichtet werden, daß die Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht sei. Da, wie bereits dargelegt, das Verhalten der Antragsgegnerin eine verbotene Eigenmacht darstellt, ist sie verpflichtet, die Anbringung des Reklameschildes zu unterlassen und das zu diesem Zwecke errichtete Gerüst wieder zu beseitigen.

(LG. Berlin, 28. ZK., Urt. v. 29. Aug. 1938. 228 Q 22/38.)

Preisstopverordnung

27. LG. — Ein gegen die StopVO. verstoßender Kaufvertrag über ein Grundstück ist nur soweit nichtig, wie ein über dem zulässigen Preis liegendes Entgelt vereinbart wurde. †)

Die Kl. kaufte durch notariellen Vertrag v. 12. April 1937 von der Bekl. ein Hausgrundstück. Der Kaufpreis betrug 100 000 *RM* und wurde zur Hälfte bar bezahlt, während für die Restsumme von 50 000 *RM* für die Bekl. eine erststellige Hypothek eingetragen wurde.

Die Kl. behauptet, die Bekl. habe eine Kaufpreisforderung höchstens in Höhe von 90 000 *RM* erworben, da die darüber hinausgehende Vereinbarung der Parteien wegen Verstoßes gegen die Bestimmungen der VO. über das Verbot von Preiserhöhungen v. 26. Nov. 1936 (PreisstopVO.) nichtig sei.

Die Bekl. habe nämlich das fragliche Grundstück Monate hindurch vor dem Kaufabschluß durch den Grundstücksmakler W. zu einem Preis von 72 000 *RM* öffentlich zum Verkauf anbieten lassen. Auf dieses Angebot habe sich die Kl. mit dem Makler W. und schließlich auch mit der Bekl. direkt in Verbindung gesetzt. Infolge der Ende 1936 einsetzenden Verknappung auf dem Grundstücksmarkt sei der Preis dann jedoch durch andere Kauflustige bis auf 100 000 *RM* emporgetrieben worden. Diese Preissteigerung von 72 000 auf 100 000 *RM* stehe im Widerspruch zu den Bestimmungen der PreisstopVO., die jegliche Preiserhöhungen nach dem 18. Okt. 1936 verbiete. Der vereinbarte Kaufpreis sei aber auch sachlich nicht gerechtfertigt. Nach den Richtlinien des Reichskommissars für die Preisbildung müsse zur Berechnung des volkswirtschaftlich gerechtfertigten Kaufpreises vom Ertragswert des Grundstücks ausgegangen werden. Ohne Berücksichtigung der vorhandenen Mängel ergäbe sich dann für das verkaufte Grundstück ein angemessener Preis von 90 000 *RM*, was durch den Bescheid des Oberbürgermeisters der Stadt K. v. 12. Aug. 1938 bestätigt werde.

Die Bekl. habe auch früher nie bestritten, mit der Heraufsetzung des Kaufpreises gegen die PreisstopVO. verstoßen zu haben. Sie habe vergeblich versucht, die nachträgliche Genehmigung der Preisprüfungsstelle für den erhöhten Preis zu erwirken.

Da die Bekl. die Rückgewährung des zuviel Geleisteten verweigert, hat die Kl. gegen sie Klage zunächst in Höhe eines Teilbetrages von 10 000 *RM* erhoben mit dem Antrage, die Bekl. zu verurteilen, einzuwilligen, daß die für sie im Grundbuch eingetragene Restkaufgeldhypothek von 50 000 *RM* in Höhe eines letztrangigen Teilbetrages von 10 000 *RM* gelöscht werde. Die Bekl. trägt vor, die Klage sei nicht schlüssig. Selbst im Falle eines Verstoßes gegen die PreisstopVO. sei der Anspruch der Kl. nicht begründet, da dann der ganze Kaufvertrag nichtig sei. Die Bekl. bestreitet aber, mit der Heraufsetzung des Kaufpreises gegen die PreisstopVO. verstoßen zu haben. Das Angebot des Maklers W. beruhe auf einem Irrtum. Dies ergebe sich schon daraus, daß das Grundstück im Jahre 1911 erbaut sei und nach einer damaligen Schätzung einen Bau- und Bodenwert von 218 000 *M* gehabt habe und daß dem damaligen Eigentümer nach Fertigstellung des Hauses eine erststellige Hypothek von 113 000 *M* gewährt worden sei. Die Rechtsvorgängerin der Bekl. habe das Grundstück selbst im Jahre 1927 für 130 000 *RM* gekauft. Es sei ausgeschlossen, daß das Grundstück von 1927 bis 1937 derart an Wert verloren habe. Die falsche Schätzung des Maklers W. aber und seine auf dieser Schätzung beruhenden Angebote seien für die Bekl. nicht verbindlich, wie auch die Preisfestsetzung durch den Oberbürgermeister für den vorliegenden Rechtsstreit völlig unbeachtlich sei.

Der Klage war stattzugeben.

Ein Kaufvertrag, in dem unter Verstoß gegen die Bestimmungen der PreisstopVO. ein zu hoher Kaufpreis vereinbart worden ist, ist nicht in seiner Gesamtheit nichtig, sondern lediglich insoweit, als er im Widerspruch zu den Verbotsvorschriften der VO. steht (vgl. Lampe: JW. 1937, 2343). Im übrigen jedoch bleibt das Rechtsgeschäft wirksam. Da die Kl. den Kaufpreis bereits entrichtet hat, kann sie den zuviel gezahlten Betrag gem. § 817 BGB. zurückfordern, falls ein solcher Verstoß vorliegt.

Die Klage ist daher schlüssig erhoben.

Die PreisstopVO. verbietet mit Wirkung v. 18. Okt. 1936 jede Preiserhöhung. Bei der Prüfung, ob der von der Bekl. geforderte Preis zulässig ist, muß davon ausgegangen werden, welchen Preis das Grundstück bei einem Verkauf am 18. Okt. 1936 gebracht hätte. Zur Ermittlung dieses Preises können frühere Preisforderungen für das betreffende Grundstück verwertet werden, sofern sie nicht in zu großem zeitlichen Abstand vor dem Stichtag aufgestellt worden sind. Ein Verkauf des fraglichen Grundstücks in diesem Zeitraum hat nun allerdings nicht stattgefunden, wohl aber nach der Behauptung der Kl. ein Angebot der Bekl. zu einem Preise von 72000 *RM*. Daß durch den Makler W. ein solches Angebot abgegeben worden ist, ist zwischen den Parteien unstreitig. Die Bekl. behauptet jedoch, das Angebot sei unsachverständig und für sie nicht bindend gewesen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob das Angebot für die vorliegende Entsch. maßgeblich ist oder nicht. In den Fällen, in denen ein Verkaufs- oder ein Preisangebot in der letzten Zeit vor dem Stichtag nicht erfolgt ist, kann nämlich der volkswirtschaftlich gerechtfertigte Kaufpreis auch durch Schätzung nach den für die Berechnung des Verkehrswertes üblichen Methoden ermittelt werden. Nach dem von der Kl. vorgelegten Bescheid des Oberbürgermeisters der Stadt K. v. 12. Aug. 1938 beträgt der auf Grund der Ertragsrechnung festgelegte, angemessene Preis für das Grundstück 90000 *RM*. Diese erst nachträglich erfolgte Festsetzung durch die Preisbildungsstelle kann naturgemäß nur für einen künftigen Verkauf des Grundstücks von bindender Wirkung sein. Dies hindert jedoch nicht, daß diese Festsetzung rückwirkend für die Höhe des zur Zeit des Kaufabschlusses zwischen den Parteien angemessenen Preises Beweis erbringen kann. Es handelt sich doch lediglich darum, festzustellen, ob am 18. Okt. 1936 ein bestimmter Kaufpreis i. S. der PreisstopVO. gerechtfertigt war. Hierbei können die Angaben der Preisbildungsstelle wie die jedes Sachkundigen zugrunde gelegt werden. Daher ist es auch unerheblich, daß zur Zeit des Kaufabschlusses eine andere Behörde mit der Aufgabe der Preisprüfung betraut war.

Es kann daher als erwiesen angesehen werden, daß für das fragliche Grundstück am Stichtag höchstens 90000 *RM* als Kaufpreis erzielt worden wären.

Somit ist die zulässige Höhe des Kaufpreises durch die Bekl. um mindestens 10000 *RM* überschritten worden. Gemäß § 134 BGB. ist die Vereinbarung über den Kaufpreis, soweit er 90000 *RM* übersteigt, nichtig. Die Kl. hat also nach der Vorschrift des § 817 BGB. gegen die Bekl. einen Anspruch auf Rückgewähr des von ihr Zuvielgeleisteten.

(LG. Königsberg, Urt. v. 5. Okt. 1938, 6 O 148/38.)

Anmerkung: Das LG. wendet den Satz, wonach ein gegen die StopVO. verstoßender Kaufvertrag nur soweit nichtig ist, wie ein über dem zulässigen Preis liegendes Entgelt vereinbart wurde, unbedenklich auch auf den Grundstücksverkehr an. Leider setzt sich das Urteil nicht mit den rechtlichen und wirtschaftlichen Bedenken auseinander, die gegen seinen Standpunkt erhoben werden können.

Soweit man sehen kann, wird jetzt allgemein anerkannt, daß ein durch die StopVO. verbotener Kauf von Gütern des sog. eigentlichen Bedarfs nur teilweise nichtig ist. Man hat dafür die verschiedensten rechtlichen und eine ausschlaggebende wirtschaftliche Begründung gegeben. Das Gesetz verbietet Preiserhöhungen, damit das Volk das, was es braucht, zu angemessenen Preisen bekommt. Es will die Versorgung sichern, nicht aber den Verkehr einengen und lähmen. Die VO. sucht deshalb die Flucht der Ware vom behördlich gelenkten Markt zu hindern, indem sie sie als eine Umgehung des Preissteigerungsverbotes behandelt. Daß die ungerechtfertigte Weigerung, Ware herzustellen oder zu liefern, solch eine Umgehung ist, sagt die StopVO. für Österreich v. 22. März 1938 (RGBl. I, 340) nunmehr im § 2 Abs. 2 ausdrücklich, nachdem der RKPr. die Umgehungsbestimmung des § 2 der VO. v. 26. Nov. 1936 (RGBl. I, 955) stets so ausgelegt hatte. Da die VO. den Verkehr nicht erschweren will, nimmt sie außerdem dem Käufer das nicht, was er entgegen dem Verbot zu einem überhöhten Preise erworben hat; sie beschränkt sich vielmehr darauf, ihn wie den Verkäufer zu strafen. Das Gesetz formt deshalb den verbotswidrig geschlossenen Vertrag nach seinem Willen um. An die Stelle des gesetzwidrigen tritt gegen den Willen der Parteien der dem Gesetz entsprechende Preis.

Diese Rspr. ist so alt wie die Geschichte der Höchstpreise. Schon in seinen, in RGZ. 88, 251 = JW. 1916, 1021 und RGZ. 98, 198 abgedruckten Entsch. hat das RG. einen im Ergebnis übereinstimmenden Standpunkt für die Verträge vertreten, die gegen die damals geltenden Höchstpreise verstießen. Aber gerade aus dieser Rspr. werden die Einwendungen geschöpft, die gegen ihre Anwendung auf dem Liegenschaftsmarkt erhoben worden sind. Mit der Begründung, daß Grundstücke nicht Gegenstände des eigentlichen Bedarfs seien und daß sich bei ihnen kein auch nur einigermaßen sicher bestimmbarer Stoppreis ermitteln lasse, sieht eine noch weitverbreitete Meinung jeden nach der StopVO. verbotenen Verkauf eines Grundstücks als nichtig an. Diese Ansicht kann jedoch nicht gebilligt werden. Schon im Gesetz über die Erweiterung der Befugnis des RKPr. v. 4. Dez. 1934 ist die Preisüberwachung auf alle Güter und Leistungen ausgedehnt worden. In der Erkenntnis, daß die Beschränkung des Preissteigerungsverbotes auf die Güter des sog. eigentlichen Bedarfs die drohende Teuerung nicht wirksam zu hindern vermochte, hat auch die PreisstopVO. Preiserhöhungen für Güter und Leistungen jeder Art verboten. Es ist nicht einzusehen, warum nun die rechtlichen Folgen eines entgegen diesem Verbot geschlossenen Vertrages verschieden sein sollen, je nachdem es sich um Güter des eigentlichen Bedarfs oder andere Güter handelt. Die StopVO. setzt keine allgemeinen Höchstpreise fest, sie beschränkt sich darauf, dem Veräußerer eine Erhöhung des Preises zu verbieten, den er an einem bestimmten Tage für seine Ware verlangt hat oder gefordert hätte, wenn ihm ein Kaufangebot gemacht worden wäre. Das Argument, wonach ein sicher bestimmbarer Stoppreis bei Grundstücken nicht zu ermitteln sei, spricht deshalb nicht gegen eine einheitliche Behandlung aller verbotswidrig abgeschlossenen Verträge. Denn auch der Stoppreis mancher anderen Güter steht nicht ohne weiteres fest und kann nur durch Schätzung ermittelt werden. Das ist übrigens nichts Neues. Bei Mietwucher hat die Rspr. schon stets den Standpunkt vertreten, daß sich die Miete auf den angemessenen Satz ermäßigt. Dabei wissen die Parteien beim Abschluß des wucherischen Vertrages in der Regel nicht, wie hoch die angemessene Miete ist, die durchweg erst durch Sachverständige ermittelt werden muß. Es ist daher kein Grund ersichtlich, der es verböte, die gegen die StopVO. verstoßenden Grundstücksverkäufe anders zu behandeln, als alle anderen Geschäfte dieser Art.

Nun läßt sich allerdings nicht verkennen, daß diese Rspr. eine erhebliche Beunruhigung des Grundstücksmarktes zur Folge haben kann. Sehr viele Grundstückseigentümer würden von einem Verkauf zurückschrecken, wenn sie damit rechnen müßten, daß der Kaufpreis, den sie vielleicht von ihrem Standpunkt aus mit Recht für angemessen ansehen, vom Gericht um ein Beträchtliches herabgesetzt wird. Der RKPr. hat dem Rechnung getragen und in seinem RdErl. 155/37 bestimmt, daß Grundstücksverkäufe, die gegen die StopVO. verstoßen, grundsätzlich nicht durchgeführt werden sollen. Die Berechtigung dieser Maßnahme folgt aus § 2 PreisbildungsG. Eine Ausnahme sieht der RdErl. allerdings vor. Wenn die Durchführung des Vertrages im Einzelfall im öffentlichen Interesse notwendig erscheint, bleibt es bei der Regelung, wonach der Vertrag die Parteien bindet und der Kaufpreis auf das gesetzliche Maß herabgesetzt wird. Das soll nach der Anweisung des RKPr. jedoch nur ausnahmsweise geschehen. Soweit ersichtlich, haben die Preisbehörden den RdErl. so vorsichtig ausgelegt, daß bislang nur in ganz vereinzelten Fällen eine Rechtslage entstanden ist, wie sie das vorliegende Urteil des LG. Königsberg geschaffen hat. Durch den RdErl. sind übrigens solche Urteile praktisch unmöglich geworden, weil die Preisbehörde nunmehr in jedem Falle mit bindender Wirkung für die Gerichte prüft, ob der Kaufpreis zulässig ist und den Parteien sofort mitteilt, ob die Durchführung des Vertrages verboten wird, oder ob ausnahmsweise der Vertrag zum ermäßigten Preise gilt. Es ist deshalb künftig nicht mehr zu befürchten, daß der Käufer eines Grundstückes nach längerer Zeit eine Ermäßigung des Preises unter Berufung auf die StopVO. fordern kann.

Das LG. hat erfreulicherweise den Stoppreis nicht nur dadurch ermittelt, daß es ein Angebot der Verkäuferin aus der kritischen Zeit seiner Entsch. zugrunde gelegt hat. Das Gericht hat vielmehr darüber hinaus geprüft, ob das damalige Angebot dem volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preise entsprach. Damit folgt das Urteil der Entsch. des RG. v. 30. Juni 1938, wonach es nicht nur darauf ankommt, welcher Preis voraussichtlich am 17. Okt. 1936 vereinbart worden wäre, sondern auch zu prüfen

ist, ob dieser Preis als volkswirtschaftlich gerechtfertigt angesehen werden kann. Solch eine Prüfung der wirtschaftlichen Berechtigung des Preises verhindert, daß ein am Stichtag gemachtes Zufallsangebot den Verkäufer später unbillig schädigt.

LGR. Dr. Friemann, Berlin.

*

28. Preisbehörde M. — Kündigung und StopVO. †)

Die Firma H. hat seit 1. April 1911 die Laden- und Untergeschoßräume des der Hausgesellschaft Th. gehörigen Anwesens Th.-Straße als Mieterin inne. Das Mietverhältnis wurde jeweils auf bestimmte mehrjährige Zeiträume vereinbart. Der letzte Mietvertrag war am 21./24. Febr. 1934 auf die Dauer von vier Jahren, und zwar vom 1. April 1934 bis 31. März 1938 abgeschlossen worden. Der vereinbarte Mietpreis betrug nach diesem Vertrag jährlich rund 19000 *RM*. Bereits vor Ablauf des Vertrages trat die Hauseigentümerin verschiedentlich an die Firma H. unter Hinweis auf diese Tatsache heran mit dem Vorschlag, wieder einen Vertrag, aber unter Erhöhung des Mietpreises auf 23000 *RM*, abzuschließen. Der Abschluß sollte bedingt, d. h. vorbehaltlich der Genehmigung der Preisbildungsstelle erfolgen. Ihr Verlangen nach einer Erhöhung des Mietpreises begründete die Eigentümerin damit, daß der bisher vereinbarte Mietpreis von 19000 *RM* als Krisenmiete zu niedrig angesetzt sei und die Rentabilität des Anwesens in Frage stelle.

Die Firma H. ließ sich jedoch auf Verhandlungen über den Abschluß eines Vertrages zu einem erhöhten Mietpreis nicht ein. Sie bestritt zwar nicht die Tatsache einer Krisenmiete für die von ihr gemieteten Geschäftsräume, wollte jedoch erst dann über den Abschluß eines Mietvertrages verhandeln, wenn der in der Zwischenzeit von der Hausgesellschaft bei der Preisbildungsstelle gestellte Antrag auf Preiserhöhung vorbeschieden sei. Noch vor Ablauf des Mietvertrages vom 21./24. Febr. 1934 schlug die Hausgesellschaft mit Schreiben vom 21. März 1938 vor, daß nach Ablauf des Mietvertrages vorläufig der bisher vereinbarte Mietpreis weiter bezahlt wird, daß aber beide Parteien sich rückwirkend ab 1. April 1938 dem Entsch. der Preisstelle in dem Sinn unterwerfen sollten, daß der von dieser als angemessen festgesetzte Mietpreis an Stelle des im Vertrage vom 21./24. Febr. 1934 vereinbarten trete. Mit Schreiben 25. März 1938 lehnte die Firma H. eine solche Vereinbarung ab. Sie wollte erst dann über eine andere Miete verhandeln, wenn die Preisstelle über den Antrag der Hausgesellschaft auf Genehmigung der Mieterhöhung entschieden habe. Nachdem auf diese Weise eine Einigung nicht erzielt werden konnte, kündigte die Hausgesellschaft mit Schreiben vom 30. Juni 1938 das Mietverhältnis zum 30. Sept. 1938. Gegen die Kündigung wendet sich der vorliegende Antrag der Firma H., mit welchem Unzulässigkeitserklärung der Kündigung verlangt wird, da diese gegen die PreisstopVO. verstoße.

Der gestellte Antrag ist auf Grund der 5. Bek. des Staatsministeriums für Wirtschaft v. 21. Okt. 1937 — Nr. Z 28843 — über Preisfestsetzung und Preisüberwachung, gemäß § 2 Abs. 1 des Ges. zur Durchführung des Vierjahresplans — Bestellung eines Reichskommissars für die Preisbildung v. 29. Okt. 1936 (RGBl. I, 927) i. Verb. mit Ziff. 13—15 des RdErl. 184/37 des Reichskommissars für die Preisbildung — über die Durchführung der Preisüberwachung und Preisbildung bei Mieten — v. 12. Dez. 1937 zulässig. Er hat sich jedoch als unbegründet erwiesen:

Es ist der Antragstellerin zwar grundsätzlich darin beizupflichten, daß eine zum Zwecke der Mietsteigerung vorgenommene Kündigung eines Mietvertrages auch dann als gegen die PreisstopVO. verstoßend unzulässig ist, wenn der Vermieter gleichzeitig oder später um die Genehmigung der Preisbehörde zu der von ihm beabsichtigten Mieterhöhung nachsucht. Diese Genehmigung muß vielmehr bereits vorliegen, bevor die Kündigung erfolgt ist (vgl. KG. v. 8. Mai 1937: JW. 1937, 1545). Voraussetzung einer gegen die PreisstopVO. verstoßenden Kündigung, ja des Vorhandenseins einer Kündigung schlechthin ist jedoch das Bestehen eines Vertragsverhältnisses, dessen Beendigung durch die als Kündigung bezeichnete Willenserklärung herbeigeführt werden soll. Diese Voraussetzungen liegen aber nicht vor.

Die Parteien stehen seit 1911 ständig in vertraglichen Beziehungen zueinander. Die von ihnen abgeschlossenen Mietverträge wurden jedoch nicht auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, sondern jeweils nur auf ganz bestimmte Zeitabschnitte begrenzt, mit deren Erreichung sie gemäß § 564 BGB. von selbst abliefen. Für die Folgezeit schloß man, wie aus dem Vertrag der Parteien hervorgeht, immer wieder einen neuen, befristeten Vertrag ab. — Auch der Mietvertrag v. 21./24. Febr. 1934 umfaßt eine vierjährige Laufzeit. In ihm ist nichts darüber enthalten, daß er, falls keine ausdrückliche Kündigung erfolge, sich selbsttätig erneuere. Über die Tatsache der Beendigung des Mietverhältnisses und daher der Notwendigkeit eines neuen Mietvertragsabschlusses, falls die vertraglichen Bestimmungen zwischen den Parteien auch weiterhin bestehen sollten, waren sich diese dementsprechend, wie aus der vorgelegten Korrespondenz hervorgeht, auch vollkommen einig. Nicht einig waren und sind sie dagegen auch heute noch über eine der Grundvoraussetzungen des Zustandekommens eines Mietvertrages überhaupt, nämlich die Höhe des Mietpreises. Diese Tatsache schließt aber die Annahme des Abschlusses eines neuen Mietvertrages gemäß § 154 BGB. genau so aus, wie diese offensichtlich mangelnde Willenseinigung auch von vornherein die Annahme einer stillschweigenden Fortsetzung des Mietvertrages gemäß § 568 BGB. als unmöglich erscheinen läßt (vgl. auch RGRKomm. Anm. 2 zu § 568 BGB.). Nachdem somit das alte Vertragsverhältnis gemäß § 564 BGB. mit dem Ablauf des 31. März 1938 seine Beendigung erfahren hat, ein neues Vertragsverhältnis aber nicht begründet wurde, besteht zwischen den Parteien kein Mietvertrag mehr, sondern lediglich ein tatsächliches Gebrauchsverhältnis. Die von der Hausgesellschaft ausgesprochene Kündigung stellt daher keine Kündigung des Mietvertrages im Sinne der PreisstopVO., sondern höchstens die Zurücknahme eines Vertragsangebotes nach §§ 145 ff. BGB. oder das Herausgabeverlangen des Eigentümers gemäß §§ 985 ff. BGB. dar.

Wenn auch an sich die Entsch. über derartige Rechtsfragen der Zuständigkeit der Preisbehörde entzogen ist und hierfür ausschließlich die ordentlichen Gerichte zuständig sind, so ergab sich doch im vorliegenden Fall bei der Prüfung ihrer Zuständigkeit zur Entsch. über den Antrag auf Unzulässigkeitserklärung für die Preisbehörde die Notwendigkeit, sich mit der Prüfung dieser rein zivilrechtlichen Fragen als Zwischenpunkt (inzidenter) zu befassen. Ihre vorstehend niedergelegte Auffassung hierüber stellt jedoch keine Anordnung i. S. von § 6 des Ges. zur Durchführung des Vierjahresplans v. 29. Okt. 1936 (RGBl. I, 927) oder eine Entsch. i. S. von Ziff. 24 des RdErl. v. 12. Dez. 1937 dar. Die Verwaltungsbehörden und Gerichte sind daher an diese Auffassung nicht gebunden, wie auch diese Inzidentbeurteilung keine Rechtskraft erlangt.

Der Vollständigkeit halber ist noch zu bemerken, daß auch bei Einnahme eines anderen rechtlichen Standpunkts vom Gesichtspunkt der PreisstopVO. aus ein Einschreiten der Preisbehörde gegen die Kündigung nicht als veranlaßt angesehen werden müßte.

Den gesamten Preisvorschriften der Reichsregierung liegt die Absicht zugrunde, die Preisbildung so zu überwachen und zu beeinflussen, daß volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise erreicht und beibehalten werden. Aus diesem Grunde dienen die Vorschriften des Mietpreisrechts nicht nur dem Schutze des Mieters, sondern in gleicher Weise auch des Vermieters, wenn die Aufrechterhaltung eines Mietpreises ihm vom Standpunkt der Allgemeinheit aus nicht mehr zugemutet werden kann. Die Anwendung dieser Grundgedanken führt aber im vorliegenden Falle zufolgendem Ergebnis:

Beide Parteien waren sich darüber einig, daß die bisher bezahlte Miete eine Krisenmiete darstellte. Die Antragstellerin hat diese Tatsache mit Schreiben v. 3. Febr. 1938 ausdrücklich bestätigt. Angesichts der ihr ebenfalls bekannten Tatsache einer Friedensmiete von 23000 *RM* kann sie daher im Ernst nicht bestreiten, daß sie, genau so wie die Antragsgegnerin, davon überzeugt war, daß der bisher geforderte Mietpreis dem wirklichen Wert der Mietsache nicht mehr entsprach, also auch volkswirtschaftlich nicht mehr gerechtfertigt war. Wenn daher für die Zeit nach Ablauf des Mietvertrages die Antragsgegnerin der Antragstellerin den Abschluß eines Mietvertrages anbot, der diese Tatsache berücksichtigte und nichts anderes wie die Vereinbarung eines angemessenen Mietpreises erstrebte, so ist dieses Verlangen schon deswegen nicht zu beanstanden, weil der ursprünglich angebotene Mietpreis von der Genehmigung der Preisbehörde abhängen sollte, schließlich aber ein solcher angeboten wurde, den die Preisbehörde als angemessen feststellen sollte. Dieses Vorgehen der Antragsgegnerin kann als üblich bezeichnet werden und stellt keinen Verstoß gegen die PreisstopVO. dar. Im Gegenteil nimmt Ziff. 66 des RdErl. des Reichskommissars für die Preisbildung 184/37 v. 12. Dez. 1937 (DJ. 1938 Heft 14 v. 8. April 1938) bei Geschäftsräumen an, daß Mieter und Vermieter sich über die Neufestsetzung des Mietpreises einigen können, bevor sie den Antrag um Genehmigung an die Preisbehörde richten. Hätte daher die Antragstellerin die Absicht gehabt, das Mietverhältnis auch zu einem angemessenen, volkswirtschaftlich für die Antragsgegnerin tragbaren Preis fortzusetzen, dann bestand für sie kein Anlaß, dieses Angebot, das, wie erwähnt, allgemein üblich ist, abzulehnen. Denn die

Tatsache, daß die Angemessenheit des Mietpreises die Preisbehörde selbst feststellen sollte, gab der Antragstellerin die absolute Gewißheit und Gewähr dafür, daß nur ein Preis in Frage kam, der volkswirtschaftlich auch tatsächlich gerechtfertigt war. Die erfolgte Ablehnung dieses Angebotes kann somit als nichts anderes bewertet werden als als Versuch, den selbst als ungerechtfertigt niedrig erkannten Mietpreis sich bis zur Entsch. der Preisbehörde zu sichern, wie dieses Verhalten auch andererseits die Absicht erkennen läßt, sich bis zu diesem Zeitpunkt in keiner Weise vertraglich fest zu binden, sondern sich jede Möglichkeit offenzulassen, sofort aus dem Verhältnis auszuscheiden, falls der neu genehmigte Mietpreis den Erwartungen nicht entsprach. Ein solches Verhalten eines Vertragspartners aber verstößt gegen jeden Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr. Das strikte Beharren, den selbst als unangemessen niedrig erkannten Mietpreis bis zur Entsch. der Preisbehörde beizubehalten, legt vielmehr den einzig möglichen Schluß nahe, daß die Antragstellerin damit beabsichtigte, wenigstens für die Zwischenzeit sich einen volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigten Mietpreis zu sichern und damit einen Vermögensvorteil zu verschaffen, für welchen weder vom rechtlichen noch auch tatsächlichen Gesichtspunkte aus eine Begründung gefunden werden kann. Das heutige Rechts- und Wirtschaftsleben ist nicht mehr bestimmt durch den Kampf persönlicher Interessen, also den Eigennutz des einzelnen, sondern legt gemäß dem Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" jedem Volksgenossen die Verpflichtung auf, die Grundsätze der Volksgemeinschaft zu beachten und dementsprechend auch auf die Interessen des Geschäftspartners weitestgehend Rücksicht zu nehmen und nicht aus eigensüchtigen Beweggründen heraus ihn zu schädigen. Tut er dies dennoch, dann kann er zur Begründung seines Verhaltens sich keinesfalls auf die zum Schutze der Allgemeinheit erlassenen Vorschriften berufen.

Auch die Vorschriften der Preisbildung und Preisüberwachung dienen lediglich dem Schutze der Allgemeinheit. Ihre Anwendung kann und darf nicht dazu führen, irgendeiner Partei Nachteile, einer anderen Vorteile zu verschaffen, welche weder mit rechtlichen noch tatsächlichen oder im Interesse der Allgemeinheit liegenden Gründen belegt werden können. Der darauf abzielende Versuch des Antragstellers konnte deshalb auch keine Billigung finden. Denn wäre es schon der Vermieterin nicht zuzumuten gewesen, den durch das Verhalten der Antragstellerin herbeigeführten Zustand dauernder Ungewißheit hinsichtlich der Möglichkeit eines Vertragsabschlusses länger zu ertragen, so könnte ihr erst recht nicht zugemutet werden, ein Verhältnis auf sich zu nehmen, welches ihr durch das an den Tag gelegte Verhalten der Antragstellerin und von dieser auch offensichtlich gewollt, einen ständig wachsenden Schaden zufügte. Denn daß es der Antragsgegnerin jemals gelingen wird, den zwischen bezahlter und angemessener Miete liegenden Unterschiedbetrag hereinzubekommen, ist vom rechtlichen Gesichtspunkt aus betrachtet zumindest mehr als fraglich. Die Beendigung dieses Zustandes durch die von der Antragsgegnerin ausgesprochene Kündigung hätte daher selbst bei Bejahung einer stillschweigenden Fortsetzung des Mietvertrages vom Standpunkt der PreisstopVO. aus gesehen zu einer Beanstandung keinen Anlaß geben können. Auch die Höhe des ursprünglich verlangten Mietpreises selbst hätte ebenfalls hierzu keine Handhabe zu bieten vermocht. Denn nach der inzwischen für die Neuvermietung erholten Stellungnahme der Industrie- und Handelskammer liegt der von der Antragsgegnerin ursprünglich geforderte Mietpreis von 23 000 RM jährlich noch unter der von der Kammer als volkswirtschaftlich gerechtfertigt gehaltenen Miete. In gleicher Weise würde auch die gesetzte Kündigungsfrist von drei Monaten keine Veranlassung zu einem Einschreiten bieten. Sie entspricht der gesetzlichen Bestimmung und kann auch ohne Rücksicht darauf als angemessen bezeichnet werden. Wie das RArbG. in seiner in RArbG. 15, 281 veröffentlichten Entsch. darlegt, gilt bei einer stillschweigenden Fortsetzung eines Vertrages nicht der ursprünglich geschlossene Vertrag mit allen seinen Bestimmungen als fortgesetzt, sondern es entsteht ein Vertragsverhältnis ohne nähere Bestimmungen auf unbestimmte Zeit. Damit entfallen auch die vertraglich vorher vereinbarten Kündigungsfristen. Die vierteljährlich ausgesprochene Kündigung entspricht somit den gesetzlichen Bestimmungen (§ 565 BGB.), sie stellt aber auch, was für die Preisbehörde allein ausschlaggebend ist, keine den Mieter ungerechtfertigt belastende Maßnahme dar (vgl. „Grundsätzliche Entsch. des Reichskommissars" IV 258—6342 v. 1. Aug. 1938).

Nachdem somit auch bei Betrachtung der Sachlage unter Zugrundelegung eines anderen rechtlichen Standpunktes hinsichtlich der Frage ihrer Zuständigkeit die Möglichkeit eines Einschreitens der Preisbehörde nicht veranlaßt wäre, könnte die Preisbehörde auch unter Zugrundelegung der Vorschriften über Preisbildung und Preisüberwachung zu keinem anderen Ergebnis kommen, als den Antrag als unbegründet zurückzuweisen.

(Entsch. der Preisbehörde in München v. 22. Sept. 1938.)

Anmerkung: Die sorgfältig begründete Entsch. zeigt, wie eingehend sich die mit preisrechtlichen Befugnissen betrauten Verwaltungsbehörden manchmal mit zivilrechtlichen Streitfragen auseinandersetzen müssen. Es ist erfreulich, zu lesen, wie gewissenhaft die Preisbehörde sich hier mit dem, ihr doch eigentlich recht fernliegenden Rechtsgebiet befaßt hat. Sie hat, als der Mieter beantragte, die angeblich gegen die StopVO. verstoßende Kündigung des Vermieters als unzulässig zu erklären, folgerichtig zunächst geprüft, ob überhaupt eine Kündigung vorlag. Da sie das verneinte, mußte sie den Antrag mit Recht ablehnen.

An die, die Entsch. tragenden Ausführungen hat die Preisbehörde nun Rechtsbetrachtungen geknüpft, die recht bedenklich erscheinen. Auch wenn eine Kündigung ausgesprochen worden wäre, so meint die Entsch., sei dagegen nichts einzuwenden gewesen, weil die preisrechtlichen Vorschriften solche Kündigungen nicht verböten. Das ist falsch. Hätte der Vermieter im vorliegenden Fall gekündigt, weil der Mieter sich weigerte, die von der Preisbehörde zu bewilligende Mietzinssteigerung anzuerkennen und rückwirkend zu zahlen, dann hätte er gegen die Ziff. 13 des RdErl. 184/37 des Reichskommissars für die Preisbildung verstoßen. Wie vom Reichskommissar mehrfach entschieden worden ist, können die Vertragsparteien zwar vereinbaren, daß der Mieter die von der Preisbehörde auf den Antrag des Vermieters festzustellende Erhöhung von vornherein anerkennt und die erhöhte Miete nachträglich mit Wirkung vom Beginn der Mietzeit an zahlt. Solch eine Vorbehaltsklausel ist nach § 309 BGB. deshalb gültig, weil das gesetzliche Verbot der Mietzinserhöhung mit der Erteilung der Ausnahmegenehmigung aufgehoben und der Vertrag damit wirksam wird. Unzulässig ist es jedoch, wenn ein Vermieter kündigt, um den Mieter zum Abschluß solch einer Vorbehaltsklausel zu zwingen. Daran ändert auch die von der Entsch. angeführte Ziff. 66 des RdErl. nichts. Nach dieser Bestimmung können sich die Parteien zwar über die Höhe des gerechten Mietzinses für einen Geschäftsraum einigen, der Vermieter darf jedoch die Einigung nicht durch eine Kündigungsdrohung erzwingen.

Es läßt sich nicht verkennen, daß diese Regelung des RdErl. 184/37 manchmal zu unbilligen Härten führt. So wäre es auch im vorliegenden Fall unbefriedigend, wenn der Vermieter den Vertrag fortsetzen müßte und bis zum ersten, nach der Entsch. der Preisbehörde liegenden Kündigungstermin nur die offenbar viel zu niedrige Miete bekäme, wobei der Mieter außerdem noch berechtigt wäre, zwischen der Zahlung der höheren Miete und dem Auszug zu wählen. Dies unerfreuliche Ergebnis ließe sich vermeiden, wenn die Preisbehörden abweichend von Ziff. 72 des RdErl. dem Vermieter nicht nur die Erlaubnis zur Erhöhung gäben, sondern gleich mit bindender Wirkung für beide Parteien anordneten, daß von einer bestimmten Zeit an ein höherer Mietzins gilt. Daß die Preisbehörden das können, ist nach dem Wortlaut des § 3 PreisstopVO. nicht zweifelhaft (siehe Lampe, „Preisüberwachung und Preisbildung bei Mieten" S. 84). Bei Mietzinsenkungen greifen sie nach Ziff. 70 des RdErl. ohnedies stets unmittelbar vertragsändernd in Rechtsbeziehungen der Parteien ein. Am besten wäre es, wenn die Ziff. 72 des RdErl. mit ihrem Kündigungszwang für den Vermieter überhaupt in den Fällen beseitigt würde, in denen dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses zu dem bisherigen Mietzins nicht mehr zugemutet werden kann, und wenn dafür dem Mieter, dessen Mietzins mit bindender Wirkung heraufgesetzt worden ist, ein außerordentliches Kündigungsrecht zugebilligt würde. Der Gesetzentwurf von RGR. Dr. Buchwald (Schriften der Akademie für Deutsches Recht) bringt im § 27 einen ähnlichen Vorschlag.

Zum Schluß ein Wort darüber, welche Bedeutung die vorliegende Entsch. für einen etwaigen Räumungsprozeß hat. Nach § 6 des Ges. v. 29. Okt. 1936 sind die Gerichte an die Anordnungen der Preisbehörden gebunden. Wie die Entsch. mit Recht ausführt, wäre jedoch das Gericht nicht an die Feststellung gebunden, wonach zwischen den Parteien kein Vertrag mehr besteht. Noch weniger würden die rein betrachtenden Rechtsausführungen der Preisbehörde über die Zulässigkeit einer etwaigen Kündigung das Gericht binden. Im Ergebnis ist das Gericht somit in seiner Entsch. völlig frei. Es könnte also auch zu der Überzeugung gelangen, daß der Vertrag stillschweigend verlängert und unter Verstoß gegen die StopVO. gekündigt worden ist und die Räumungsklage abweisen.

LGR. Dr. Friemann, Berlin.

Handelsrecht

**29. RG. — §§ 22, 105 Abs. 2, 149 HGB.; § 705 BGB.

1. Ein Gesellschafter ist durch die Liquidation nicht gehindert, auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhende Ansprüche gegen einen Mitgesellschafter geltend zu machen, sofern er Leistung an die Gesellschaft fordert.

2. Im Falle der Veräußerung des Geschäfts einer aufgelösten und in Liquidation befindlichen Handelsgesellschaft ist zur Weiterführung ihres Namens durch den Erwerber (§ 22 HGB.) die Einwilligung der Gesellschaft schlechthin erforderlich, gleichviel ob der Name des einen oder des andern oder aller Gesellschafter in der Firma enthalten ist oder nicht.

3. Die dem Liquidator in § 149 HGB. verliehene Befugnis, zur Beendigung schwebender Geschäfte auch neue einzugehen, bedeutet nicht, daß solche nur zu diesem Zwecke vorgenommen werden dürfen.

4. Aus dem Zwecke des Liquidationsverfahrens, den werbenden Betrieb der Gesellschaft zu beenden und das Gesellschaftsvermögen aus seiner gesellschaftlichen Gebundenheit zu lösen, folgt in der Regel, daß ein Gesellschafter nach dem Eintritt der Liquidation einer Beschränkung in seiner eigenen gewerblichen Tätigkeit nicht unterworfen sein soll. †)**

Die Parteien sind die alleinigen Gesellschafter der in B. unter der Firma S. L. S. betriebenen OHG., einer Lebensmittel- und Kolonialwaren-Großhandlung. Der Kl., der im Jahre 1905 in das damals dem Ehemann der Bekl., dem Kaufmann Stefan R., gehörige Geschäft als Lehrling eingetreten war, war von diesem seit dem 1. Jan. 1915 zum Prokuristen bestellt und im Jahre 1919 unter Einräumung einer schließlich bis zur Hälfte des Reingewinns ansteigenden Beteiligung als Gesellschafter aufgenommen worden. Als R. im Juni 1929 erkrankte und arbeitsunfähig wurde, ging die Führung des Geschäfts auf den Kl. allein über. Sie blieb bis zu dem am 30. Aug. 1930 erfolgten Tode R.s bei ihm und weiterhin auch nach dem Eintritt der Bekl. als Mitgesellschafterin. Der Kl. kündigte gemäß der in § 2 des Gesellschaftsvertrags getroffenen Bestimmung die Gesellschaft zum 31. Dez. 1934. Da es daraufhin weder zu der im Gesellschaftsvertrage vorgesehenen Alleinübernahme des Geschäfts durch die Bekl. kam, noch Verhandlungen über eine Übernahme des Unternehmens durch den Kl. zum Ziele führten, kamen die Parteien im Dezember 1934 überein, die Gesellschaft v. 1. Jan. 1935 ab zu liquidieren. Im Einverständnis der Bekl. wurde der Kl. zunächst allein als Liquidator tätig. Von einer Anmeldung der Liquidation zur Eintragung im Handelsregister wurde auf seinen Vorschlag abgesehen.

Am 18. April 1936 erwirkte die Bekl. beim LG. auf Grund der Behauptung, der Kl. habe pflichtwidrig eine zum Nutzen der Gesellschaft gebotene Verwertung des Unternehmens im ganzen verhindert und der noch werbend tätigen Gesellschaft durch eigene Geschäfte Abbruch getan, eine einstweilige Verfügung, daß der Kl. als Liquidator abberufen und ein anderer Liquidator bestellt werde. Der Kl. erhob hiergegen und gegen einen ergänzenden Beschluß des LG. Widerspruch, einigte sich jedoch im Laufe des weiteren Verfahrens am 8. Mai 1936 mit der Bekl. vergleichsweise dahin, daß er sein Amt als Liquidator niederlege. Es wurden zufolge Vereinbarung der Parteien v. 8. Juni 1936 der Kaufmann G. sowie der Wirtschaftsberater Dr. H. als Liquidatoren bestellt.

Zwischen den Parteien entstanden aus Anlaß der Liquidation Meinungsverschiedenheiten über Forderungen, die sie gegeneinander erheben zu können glaubten. Die Bekl. machte mit einer vor dem LG. erhobenen Klage verschiedene Ansprüche geltend, die sie in die vom Kl. aufgestellte Auseinandersetzungsbilanz aufgenommen haben will. Nach einer ihr im wesentlichen günstigen Entscheidung des LG. ist die Sache im Berufungsverfahren bei dem OLG. anhängig, dessen Entscheidung noch aussteht. In einem weiteren Rechtsstreit verlangte die Bekl. vom Kl. Zahlung bestimmter Beträge zur Liquidationsmasse sowie an sich selbst, während der Kl. von ihr widerklagweise 6000 *RM* als Vergütung für seine Tätigkeit als Liquidator forderte. Mit diesen Ansprüchen sind beide Parteien durch Urt. des OLG. Breslau v. 6. Dez. 1937 rechtskräftig abgewiesen worden.

Im gegenwärtigen Rechtsstreit handelt es sich um folgendes:

Da die Bekl. behauptet hatte, vom Kl. Schadensersatz beanspruchen zu können, weil er sich geweigert habe, zum Verkauf des Geschäfts mit oder ohne Firma an erwerbsbereite Bewerber mitzuwirken, klagte der Kl. auf Feststellung, daß der Bekl. ein solcher Schadensersatzanspruch nicht zustehe. Die Bekl. bat um Klageabweisung und erhob Widerklage mit dem Antrag auf Verurteilung des Kl.

1. zur Zahlung von 6600 *RM*,
2. zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung über diejenigen Geschäfte, die er für sich persönlich in den Geschäftszweigen der Firma S. L. S. bis zum 31. März 1936 im Ein- und Verkauf geschlossen habe,
3. auf Feststellung, daß die aus der Auskunftserteilung und Rechnungslegung zu 2 hervorgehenden Geschäfte, soweit sie für eigene Rechnung gemacht sind, als für Rechnung der Firma S. L. S. eingegangen gelten und daß, soweit sie für fremde Rechnung gemacht sind, der Kl. verpflichtet sei, die aus diesen Geschäften gezogene Vergütung an die Firma herauszugeben und, soweit eine Vergütung noch offenstehe, der Firma den Anspruch auf die Vergütung abzutreten.

Zur Begründung ihrer Widerklageanträge hat die Bekl. vorgetragen:

Zu 1. Der Kl. habe trotz der beschlossenen Abwicklung der Gesellschaft für diese weiterhin in großem Umfange werbende Geschäfte getätigt, neue Waren in einem über den Rahmen der Liquidation weit hinausgehenden Maße eingekauft und abgesetzt und die Kontingente, die der Firma S. von den zuständigen Reichsstellen bewilligt gewesen seien, bis zum Schlusse des Jahres 1935 voll ausgenutzt. Nachdem sie Anfang 1936 erkannt habe, welchen Wert die Firma S. solchermaßen noch besitze und welche wirtschaftliche Bedeutung insbes. den ihr zustehenden Kontingenten zukomme, habe sie es für geboten erachtet, die Firma zu verwerten. Sie habe sich nicht nur dem Kl. gegenüber mit Schreiben v. 18. März 1936 erboten, das Unternehmen selbst zu erwerben, sondern ihm auch am 21. März und 3. April 1936 in der Person der Kaufleute M. und R. Bewerber genannt, denen an einem Erwerbe des Geschäfts ernsthaft gelegen gewesen sei. Der Kl. sei jedoch auf keines dieser Angebote eingegangen, habe vielmehr den Standpunkt eingenommen, daß er zur Erteilung der Einwilligung in die Übertragung der Firma auf einen anderen nicht verpflichtet sei, nach dem Stande der Abwicklung das Unternehmen auch als solches nicht mehr bestehe und eine Veräußerung der Firma deshalb nicht in Frage komme. In diesem Sinne habe er auch der Reichsstelle für Tiere und tierische Erzeugnisse berichtet und diese dadurch veranlaßt, die Firma S. in der Liste der für Devisenzuteilungen zu berücksichtigenden Betriebe zu streichen. Der Kl. habe hierbei allenthalben in der Absicht gehandelt, ein eigenes Geschäft nach Art des von der Gesellschaft betriebenen zu errichten, dafür eine Zuteilung der seitherigen Kontingente der Firma S. zu erstreben und diese als Wettbewerberin auszuschalten. Da für das Unternehmen ein Kaufpreis von mindestens 12 200 *RM* zu erzielen gewesen sei, dessen Erlangung der Kl. vereitelt habe, stehe ihr gegen ihn ein Anspruch auf Zahlung von 6100 *RM* zu, um die sie durch sein Verhalten geschädigt sei.

Ein weiterer Schaden in Höhe von 500 *RM* sei ihr dadurch erwachsen, daß es der Kl. ohne Grund unterlassen habe, auf das der Firma S. zugewiesene Kontingent in Ölsardinen für das erste Vierteljahr 1936 Ware einzukaufen und, wie zulässig und möglich gewesen sei, im ganzen an einen Großhändler weiter zu veräußern. Von dem Gewinn von 1000 *RM*, der dabei zu erzielen gewesen sei, sei ihr die Hälfte entgangen.

Zu 2. Obwohl der Kl. sowohl nach § 13 des Gesellschaftsvertrags, wie nach § 112 HGB. verpflichtet gewesen sei, sich jeder eigenen Tätigkeit in dem Handelszweige der Firma S. zu enthalten, habe er nicht nur am 22. Aug. 1935 den Großhandel mit Kolonialwaren und Lebensmitteln als eigenes Ge-

werbe angemeldet, sondern von diesem Zeitpunkt an auch in erheblichem Umfang eigene Geschäfte auf dem ihm verschlossenen Gebiete getätigt.

Danach rechtfertige sich auch der Widerklageantrag unter 3.

Der Kl. hat mit Rücksicht auf die nunmehrige Geltendmachung eines bezifferten Schadens durch die Bekl. beantragt, seine Klage in der Hauptsache für erledigt zu erklären.

Das LG. hat den Klageanspruch in der Hauptsache für erledigt erklärt und den Widerklageanträgen unter Abweisung im übrigen in der Weise stattgegeben, daß es den Kl. gemäß dem Widerklaganspruch zu 1 zur Zahlung von 4665 RM nebst Zinsen verurteilt und nach den Anträgen zu 2 und 3 erkannt hat. Dabei hat es den der Bekl. erwachsenen Schaden auf 4500 RM bemessen, soweit er aus der Weigerung des Kl. hergeleitet wird, zum Verkaufe der Firma mitzuwirken; weitere 165 RM hat es der Bekl. zugesprochen, weil es der Kl. unterlassen habe, das Ölsardinenkontingent für das erste Vierteljahr 1936 auszunutzen.

Im Berufungsverfahren hat die Bekl. hilfsweise noch beantragt, festzustellen, daß der Kl. den Betrag von 12 530 RM samt Zinsen zur Gesellschaftskasse zu vertreten habe, ihn auch zur Auskunfterteilung und Rechnungslegung im Umfange des Hauptantrags gegenüber den Liquidatoren zu verurteilen. Das OLG. hat die Anschlußberufung der Bekl. zurückgewiesen und auf die Berufung des Kl. die Widerklage in vollem Umfang abgewiesen.

Die Rev. der Bekl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung insoweit, als das OLG. die Widerklage hinsichtlich des Anspruchs auf Feststellung abgewiesen hat, daß der Kl. den Betrag von 12 530 RM zur Gesellschaftskasse zu vertreten hat. Im übrigen war die Rev. erfolglos.

Das BG. geht zutreffend davon aus, daß die Bekl. durch die Liquidation nicht gehindert sei, auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhende Ansprüche gegen einen Mitgesellschafter geltend zu machen, sofern sie, wie sie es mit ihrem im Berufungsverfahren gestellten Hilfsantrag tut, Leistung an die Gesellschaft fordert (vgl. RGZ. 90, 300; 91, 34 = JW. 1918, 41; JW. 1925, 363 [18]; 1927, 1090 [10]). Sie übt damit eine ihr nach § 705 BGB., § 105 Abs. 2 HGB. zustehende Befugnis aus eigenem Rechte aus, die eine Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung nicht voraussetzt und neben der Berechtigung der Gesellschaft als solcher besteht, einem Gesellschafter gegenüber Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis zu verfolgen. Durch die Auflösung der Gesellschaft und ihren Eintritt in den Zustand der Abwicklung wird hieran grundsätzlich nichts geändert. Gewiß mag die damit verbundene Änderung des Zwecks der Gesellschaft als einer werbenden in den einer Liquidationsgesellschaft das Recht des einzelnen Gesellschafters zur Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis beschränken oder ausschließen, wenn es deren Erfüllung zur Erreichung des Liquidationszwecks nicht mehr bedarf. Soweit dies in der in RGZ. 100, 165 (166) = JW. 1921, 526 wiedergegebenen Entscheidung hinsichtlich der Einforderung rückständiger Beiträge angenommen und dem einzelnen Gesellschafter das Recht zu ihrer Geltendmachung versagt worden ist, weil nur der Liquidator beurteilen könne, ob ihre Erhebung notwendig sei, kann hieraus gegen die Sachbefugnis der Bekl. schon um deswillen nichts gefolgert werden, weil es sich bei den von ihr erhobenen Ansprüchen ausschließlich um solche handelt, die, falls sie begründet sind, der Kl. auf jeden Fall zur Liquidationsmasse zu vertreten hat. Hat er, wie die Bekl. zur Rechtfertigung des von ihr geltend gemachten Schadensersatzanspruches behauptet, die Gesellschaft dadurch benachteiligt, daß er pflichtwidrig eine Veräußerung des Geschäfts und der Firma vereitelte und die Ausnutzung eines dieser zustehenden Kontingents unterließ, so schuldet er ihr Ersatz, ohne daß es hierfür im übrigen auf die Zulänglichkeit der Liquidationsmasse ankäme. Das gilt auch, soweit er von der Bekl. in Anspruch genommen wird, weil er einem ihn nach dem Gesellschaftsvertrag und dem Gesetz treffenden Wettbewerbsverbot zuwidergehandelt habe. Die der Gesellschaft daraus erwachsenden Rechte gehören zu deren Vermögen und sind zu verwirklichen, wenn wie hier die „übrigen" Gesellschafter dies beschließen (§ 113 Abs. 2 HGB.).

Soweit die Bekl. eine hiernach gebotene Leistung des Kl. an die Gesellschaft erst mit ihrem im Berufungsverfahren hilfsweise erhobenen Feststellungsanspruch zum Gegenstande ihrer Widerklage gemacht hat, hat das BG. die darin liegende Änderung derselben als sachdienlich zugelassen. Rechtliche Bedenken hiergegen sind nicht begründet.

1. Die Bekl. stützt ihren auf Feststellung der Schadensersatzpflicht des Kl. gerichteten Anspruch in erster Linie darauf, daß dieser entgegen der ihm als Gesellschafter und Liquidator obliegenden Pflicht sich geweigert oder es jedenfalls unterlassen habe, bei einem Verkaufe des Gesellschaftsunternehmens als ganzen mitzuwirken. Während das LG. eine hieraus hergeleitete Haftung des Kl. als begründet angesehen und ihn entsprechend dem damaligen Widerklagantrage zur Zahlung von 4500 RM an die Bekl. als der Hälfte des Betrags verurteilt hat, der sich allein für den Firmenwert mindestens habe erzielen lassen, gelangt das BG. zu einer Verneinung der Schadensersatzpflicht des Kl. aus diesem Grunde. Es geht zwar davon aus, daß der Kl. trotz der von ihm und der Bekl. im November 1935 beschlossenen beschleunigten Abwicklung nicht der ihm als Liquidator obliegenden Verpflichtung überhoben gewesen sei, eine sich ihm bietende Möglichkeit zu einer Veräußerung des Unternehmens im ganzen auszunutzen, weil sich häufig nur auf diese Weise der Firmen- und Geschäftswert in einem den Belangen der Gesellschaft entsprechenden Maße in Geld umsetzen lasse. Soweit es aber, so erwägt das BG. weiter, zu einer Veräußerung der Firma der Zustimmung aller Gesellschafter bedürfe, sei der Kl. nicht gehalten gewesen, diese zu erteilen. Bei der Firma handele es sich um ein höchstpersönliches Recht der Gesellschafter, bei dessen Verwertung alle Gesellschafter mitzuwirken hätten. Ein seine Zustimmung verweigernder Gesellschafter mache sich nicht etwa schadensersatzpflichtig, weil er mit seiner Weigerung gegen Gesellschafterpflichten verstoße. Aber selbst wenn man einen solchen Verstoß für möglich halten wolle, fehle es im gegebenen Falle an Umständen, aus denen eine Verpflichtung des Kl. zur Einwilligung in eine Firmenveräußerung hergeleitet werden könne. Der zwischen ihm und dem Erblasser der Bekl. abgeschlossene Gesellschaftsvertrag lasse zwar in seinen §§ 20—25 das Bestreben erkennen, die seit 110 Jahren im Familienbesitz befindliche Firma S. der Familie R. zu erhalten oder bei einem Ausscheiden aller in Betracht kommenden Mitglieder dieser Familie wenigstens deren Mitbestimmungsrecht zu sichern. Dadurch werde aber, selbst wenn man diese Bestimmungen nicht nur auf die dort genannten Fälle einer Änderung im Bestande der Gesellschaft oder ihrer Mitglieder beziehen, sondern sinngemäß für jeden insoweit eintretenden Wechsel gelten lassen wolle, das Mitbestimmungsrecht des Kl. nicht ausgeschlossen. Auch der sonstige Sachverhalt spreche durchaus zu seinen Gunsten. Der Kl. stehe im besten Mannesalter und müsse bestrebt sein, für seinen und seiner Familie Unterhalt eine neue Erwerbsquelle zu schaffen. Bei seiner langjährigen Tätigkeit im Fache könne ihm nicht zugemutet werden, sich einem anderen Geschäftszweige zuzuwenden oder sich mit einem Angestelltenverhältnis zu begnügen. Da er schon vor der Erkrankung R.s erheblichen Anteil an der Geschäftsführung gehabt und seitdem das Geschäft unter alleiniger Verantwortung geleitet habe, würde es eine Erschwerung seines Fortkommens bedeutet haben, wenn er den Firmennamen, den er durch seine alleinige Tätigkeit in Ansehen erhalten habe, einem Fremden ausgeliefert hätte. Seine Weigerung, dies zu tun, habe deshalb nicht gegen Treu und Glauben verstoßen. Auch Schikane oder sittenwidriges Verhalten komme nicht in Betracht. Ebensowenig könne danach dem Kl. der von der Bekl. übrigens auch nicht erhobene Vorwurf gemacht werden, er habe sich von sich aus und ohne Zutun der Bekl. um eine Verkaufsmöglichkeit bemühen müssen. Er habe vielmehr warten können, bis eine solche an ihn herangetreten oder ihm von der Bekl. angetragen worden sei.

Das BG. prüft sodann, ob sich eine Schadensersatzpflicht des Kl. etwa daraus herleiten lasse, daß er das Angebot der Bekl., das Geschäft zu erwerben, unbeachtet gelassen habe und

den ihm von ihr unterbreiteten weiteren Verkaufsgelegenheiten nicht nachgegangen sei. Es hält auch insoweit eine Haftung des Kl. nicht für begründet. M. habe, wie er als Zeuge bekundet habe, als Käufer ernstlich niemals in Frage kommen können, da er es vorgezogen habe, in seiner seitherigen Stellung zu verbleiben. Das Angebot R.s habe der Kl. mangels einer dahin gehenden Verpflichtung ohne weiteres ablehnen können, soweit R. eine Übertragung auch der Firma verlangt habe. Der Kl. möge freilich verpflichtet gewesen sein, R. darauf hinzuweisen, damit der Weg für einen Verkauf des Geschäfts an ihn ohne Firma offen blieb, und er habe auch bei den in Betracht kommenden Reichsstellen vorstellig werden müssen, um diese einer späteren Zuweisung von Kontingenten an R. geneigt zu machen. Daß er dies nicht getan habe, mache ihn aber ebenfalls nicht schadensersatzpflichtig. Denn die Firma S. habe, wie der Kl. gewußt habe, nach der Auskunft der Reichsstelle für Tiere und tierische Erzeugnisse schon seit etwa Januar 1936 mit einer Zuweisung von Kontingenten nicht mehr rechnen können, weil sie sich in Liquidation befunden habe. Auch wenn die Reichsstelle, was der Kl. bestreite und was dahingestellt bleiben könne, hiervon erst durch ihn selbst Kenntnis erlangt habe, so könne dies nicht zu seinem Nachteil ausschlagen. Denn es könne ihm keinesfalls verdacht werden, wenn er sich nach anfänglicher Geheimhaltung der Liquidation durch deren im November 1935 beschlossene Beschleunigung und ihre dementsprechende Förderung veranlaßt gesehen habe, einer Behörde gegenüber nunmehr den wahren Sachverhalt zu bekennen. Es habe auch Anfang April 1936 von einem lebensfähigen Unternehmen, von dessen Bestehen die zuständigen Reichsstellen eine Zuweisung von Kontingenten an den Erwerber abhängig gemacht hätten, nicht mehr gesprochen werden können. Der Kl. habe die Geschäftsräume für Ende März 1936 gekündigt gehabt und das gesamte Warenlager bereits um den 21. oder 23. März 1936 veräußert. Das Personal sei bis auf einige wenige Angestellte entlassen gewesen, soweit es der Kl. nicht bereits in eigene Dienste übernommen gehabt habe. Unter diesen Umständen habe der Kl. ohne Verschulden weitere Schritte bei den Reichsstellen als vergeblich ansehen und solche der Bekl. und ihren Ratgebern überlassen dürfen. Zum mindesten liege in der Unterlassung des Kl. insofern keine Fahrlässigkeit, als er zunächst den Erfolg dieser Bemühungen habe abwarten dürfen, um erst bei erneuter Ablehnung selbst vorstellig zu werden. Hieran sei er indessen durch seine inzwischen erfolgte Abberufung als Liquidator gehindert gewesen.

Die Rev. bezeichnet mit Recht diese Ausführungen des BG. als rechtsirrig und tritt ihnen mit sachlich-rechtlichen Angriffen entgegen, rügt auch Verletzung des § 286 ZPO.

Ob der Kl. pflichtwidrig handelte, indem er eine Veräußerung des Geschäfts mit Firma ablehnte oder zum mindesten nicht betrieb, hängt in erster Linie davon ab, inwieweit es seiner Mitwirkung zur Veräußerung in seiner Eigenschaft als Gesellschafter bedurfte. Nach § 22 HGB. darf der Erwerber eines Handelsgeschäfts die bisherige Firma fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigen. Darüber, ob dieser Grundsatz auch dann gilt, wenn es sich um die Veräußerung des Geschäfts einer aufgelösten und in Liquidation befindlichen OHG. handelt, herrscht Streit. Während einerseits die Auffassung vertreten wird, die Einwilligung der Gesellschafter sei auch in einem solchen Falle schlechthin erforderlich, gleichviel, ob der Name des einen oder anderen oder aller Gesellschafter in der Firma enthalten ist oder nicht (vgl. KG.: LZ. 1910, 60 und die dortigen Ausführungen Meyers; ferner Schlegelberger, „HGB." § 22 Anm. 15, der die Einwilligung sämtlicher Gesellschafter neben der der Liquidatoren fordert), geht die Gegenmeinung dahin, daß es zur Firmenveräußerung der Einwilligung nur der Gesellschafter bedürfe, deren Namen in der Firma enthalten oder mitenthalten sind, daß im übrigen aber der Liquidator kraft seiner Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht auch ohne Zustimmung der Gesellschafter imstande sei, mit dem Geschäft auch das Recht zur Firmenfortführung zu veräußern (vgl. Ritter, „HGB." § 22 Anm. 12). Der erk. Sen. tritt mit dem BG. der ersten Auffassung bei. Wenn sich auch die Bedeutung der Firma nicht darauf beschränkt, ihren Träger zu kennzeichnen und von anderen zu unterscheiden, sie vielmehr zugleich einen häufig erheblichen Vermögenswert darstellt, da sie den Wert des unter ihr betriebenen Unternehmens wesentlich mitbestimmt (vgl. RGZ. 74, 378 = JW. 1911, 121), so ist sie doch darum kein Vermögensrecht. Sie bildet den Handelsnamen des Kaufmanns und erfüllt insoweit auf dem Gebiete des kaufmännischen Verkehrs die Aufgabe, die im allgemeinen Rechtsverkehr dem bürgerlichen Namen zufällt. Wie dieser ist sie ein ihrem Träger anhaftendes persönliches Recht, das zwar nicht, wie der bürgerliche Name, unübertragbar ist, über das aber nur der Firmeninhaber selbst verfügen kann. Das gilt auch, soweit sich der Kaufmann für sein Auftreten im Handel einer Firma bedient, die von seinem bürgerlichen Namen abweicht. Mag er in den vom Gesetz zugelassenen Fällen eine abgeleitete Firma führen, in der sein Name nicht vorkommt, so bleibt sie doch der Ausdruck dessen, daß er mit seinem Geschäft hinter ihr stehe und mit ihr im Handelsverkehr auftrete. Auch sie kennzeichnet die Persönlichkeit dessen, der Inhaber des Geschäfts ist, und bildet so das Mittel, durch das dieser für den durch seine gewerbliche Betätigung umrissenen Lebenskreis nach außen in die Erscheinung tritt. Die sich hieraus ergebende personenrechtliche Bedeutung auch der abgeleiteten Firma erleidet, soweit es sich um die Firma einer OHG. handelt, durch deren Auflösung und Liquidation keine Einbuße. Die Aufgabe des Liquidators, das Gesellschaftsvermögen aus seiner gesellschaftsrechtlichen Gebundenheit zu lösen und für eine Verteilung an die Gesellschaft bereitzustellen, ist ausschließlich vermögensrechtlicher Art und umfaßt nicht die Befugnis, ohne Zustimmung der Gesellschafter in deren Persönlichkeitsrechte einzugreifen. Wie nach h. M. der Konkursverwalter nicht berechtigt ist, ohne Einwilligung des Gemeinschuldners dem Erwerber des Geschäfts das Recht zur Führung der Firma zu überlassen, ist es auch dem Liquidator versagt, ohne Zustimmung der Gesellschafter über deren Firmenrecht zu verfügen. Er ist hierzu um so weniger befugt, als er nicht, wie der Konkursverwalter, unabhängig vom Willen des Geschäftsinhabers auch die Belange der Geschäftsgläubiger wahrzunehmen hat, die eine Verwertung des Firmenrechts ohne Rücksicht auf seine personenrechtliche Bedeutung rechtfertigen könnten (vgl. Schlegelberger, „HGB." § 22 Anm. 15), sondern, soweit er die Gläubiger der Gesellschaft zu befriedigen hat, nur eine Obliegenheit erfüllt, zu der er vermöge seiner lediglich den Belangen der Gesellschafter dienenden und regelmäßig auf ihrem Willen beruhenden Fürsorgetätigkeit berufen ist. Die Vorschrift des § 24 Abs. 2 HGB. steht dieser Auffassung nicht entgegen. Sie enthält ebenso wie die des Abs. 1 eine Ausnahme von dem in § 22 HGB. aufgestellten Grundsatz für den Fall einer nur teilweisen Veränderung im Mitgliederbestande der Gesellschaft. Soweit die Bestimmung in der Rspr. für anwendbar erklärt worden ist, wenn ein Gesellschafter das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven übernimmt (vgl. RGZ. 65, 382 = JW. 1907, 314; KG.: JW. 1929, 2156 [3]; auch RG.: JW. 1924, 294 [5]), liegt auch dem der Gedanke zugrunde, daß es sich dabei nicht um einen Übergang des Unternehmens in fremde Hände handelt, der Übernehmende vielmehr schon vorher Mitträger des Firmenrechts gewesen ist und es zufolge der durch Anwachsung eintretenden bloßen Erweiterung seiner Rechte bleibt. Das ist aber bei einer Veräußerung des Geschäfts mit Firma durch den Liquidator, bei der ein Wechsel des Rechtsträgers hinsichtlich aller veräußerten Unternehmensbestandteile stattfindet, nicht der Fall, und zwar auch dann nicht, wenn ein Gesellschafter das Geschäft erwirbt.

Ist hiernach mit dem BG. davon auszugehen, daß es der Einwilligung der Gesellschafter auch im Falle der Liquidation bedarf, wenn das Geschäft mit Firma veräußert werden soll, so kann ihm jedoch nicht beigetreten werden, wenn es, wie es den Anschein hat, eine Verantwortlichkeit des Gesellschafters dafür, ob er seine Zustimmung zur Firmenfortführung erteile oder nicht, schlechthin verneint. Der Gesellschafter mag freilich in seiner Entschließung, wie er es mit der Übertragung des Firmenrechts halten wolle, grundsätzlich frei sein. Das hat jedoch nicht zur Folge, daß er insoweit auch außerhalb der rechtlichen Beziehungen stünde, durch welche die Gesellschafter vermöge des

Gesellschaftsverhältnisses miteinander verbunden sind. Der oben ausgesprochene Grundsatz bedarf deshalb schon insofern einer Einschränkung, als es auf die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung des einen oder anderen oder aller Gesellschafter nicht ankommen kann, wenn aus dem Gesellschaftsvertrag hervorgeht, daß eine solche zur Veräußerung der Firma nicht erforderlich sein soll. Solchenfalls gilt die nach § 22 HGB. notwendige Einwilligung nach dem Willen der Vertragschließenden von vornherein als erteilt und es kann sich die Frage, ob ein Gesellschafter die Erteilung oder Verweigerung seiner Zustimmung seinen Mitgesellschaftern gegenüber zu vertreten habe, überhaupt nicht erheben. Der Gesellschaftsvertrag kann aber auch, ohne die Zustimmung der Gesellschafter für entbehrlich zu erklären, diesen Bindungen auferlegen, vermöge deren ihr freies Ermessen insoweit eine Einschränkung erfährt. Es kann in ihm ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt sein, daß ein Gesellschafter allgemein oder in besonderen Fällen gehalten sei, in eine Veräußerung des Geschäfts mit Firma zu willigen. Dann träfe ihn der Vorwurf eines Verstoßes gegen Gesellschafterpflichten, wenn er seine Einwilligung entgegen dem Gesellschaftsvertrage versagte, und es wäre damit bei schuldhaftem Verhalten eine Grundlage gegeben, auf der er von der Gesellschaft für einen ihr aus der Verweigerung der Zustimmung erwachsenen Schaden haftbar gemacht werden könnte.

Die Rechtslage ist hiernach so, daß der Kl., sofern seine Mitwirkung bei einer Firmenveräußerung durch den Gesellschaftsvertrag nicht von vornherein ausgeschlossen war, auch bei grundsätzlicher Freiheit in der Erteilung oder Versagung seiner Einwilligung verpflichtet gewesen sein könnte, einer Firmenveräußerung zuzustimmen, wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrage, sei es kraft ausdrücklicher Bestimmung, sei es bei einer den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB. gemäßen Auslegung, eine dahin gehende Bindung ergäbe. Wäre dies der Fall, so bliebe bei einer schuldhaften Verletzung dieser Pflicht Raum für eine Inanspruchnahme des Kl. auf Schadensersatz, falls die hierfür weiter erforderlichen Voraussetzungen des ursächlichen Zusammenhanges und der Entstehung eines Schadens vorlägen. Solchenfalls könnte sich der Kl. nicht damit entschuldigen, daß er sich auf Grund der in Schrifttum und Rspr. vertretenen Auffassung, es bedürfe auch im Falle der Liquidation stets der Zustimmung der Gesellschafter zu einer Veräußerung der Firma, für befugt gehalten habe, seine Einwilligung zu verweigern. Denn jene Auffassung ergibt nichts dafür, ob die Versagung der Einwilligung in jedem Falle und insbes. bei entgegenstehender Bestimmung des Gesellschaftsvertrags auch gerechtfertigt sei. Der Kl. könnte sich auch nicht darauf berufen, daß er als Liquidator nicht verpflichtet gewesen sei, sich um eine Veräußerung des Geschäfts mit Firma zu bemühen, weil es an der erforderlichen Zustimmung eines Gesellschafters, nämlich seiner eigenen, gefehlt habe. Denn da er mangels einer abweichenden Bestimmung des Gesellschaftsvertrags nach § 146 HGB. kraft seiner Teilhaberschaft zum Liquidator berufen und in seiner Eigenschaft als Gesellschafter als solcher tätig war, könnte er sich der Wahrnehmung einer ihn als Liquidator treffenden Obliegenheit nicht deshalb für überhoben halten, weil er es an der Erfüllung einer ihm als Gesellschafter obliegenden Pflicht habe fehlen lassen. Daß ihm die Bekl., die als Mitgesellschafterin neben ihm zur Führung der Liquidationsgeschäfte berechtigt und verpflichtet war, die alleinige Besorgung der Liquidation ausdrücklich oder stillschweigend überließ, ändert nichts daran, daß er die damit verbundene Tätigkeit auf Grund seiner gesetzlichen Berufung als Gesellschafter ausübte.

Ließe sich hingegen aus dem Gesellschaftsvertrag eine Verpflichtung des Kl., von seiner Befugnis zur Einwilligung in eine Firmenveräußerung nur in bestimmter Richtung Gebrauch zu machen, nicht herleiten, so wäre er in seiner Entschließung frei gewesen. Er könnte deshalb für eine Versagung der Zustimmung nicht verantwortlich gemacht werden und es bliebe lediglich zu prüfen, ob er der Gesellschaft etwa deshalb schadensersatzpflichtig geworden sein könnte, weil in der Verweigerung der Einwilligung nach § 226 BGB. oder nach allgemeinen, dem § 242 BGB. zu entnehmenden Rechtsgrundsätzen ein Rechtsmißbrauch zu erblicken wäre.

Wäre nach alledem eine Haftung des Kl. dafür, daß er in eine Firmenveräußerung nicht gewilligt habe, zu verneinen, so entfiele damit ohne weiteres auch die Möglichkeit, ihn deswegen in Anspruch zu nehmen, weil er sich als Liquidator um einen Verkauf des Geschäfts mit Firma nicht bemüht habe. Denn dem Liquidator kann, auch wenn er selbst Gesellschafter ist, nicht angesonnen werden, in dieser Richtung tätig zu werden, wenn seine Bemühungen hinsichtlich einer Firmenübertragung mangels der dazu erforderlichen — von ihm selbst mit Recht verweigerten — Einwilligung der Gesellschafter von vornherein erfolglos bleiben müßten. Nur wenn sich ergäbe, daß es nach dem Gesellschaftsvertrage der Einwilligung des Kl. zur Firmenveräußerung überhaupt nicht bedürfe oder daß er seine Einwilligung zu Unrecht versagt habe, käme in Frage, ob ihm auch als Liquidator der Vorwurf pflichtwidrigen Verhaltens gemacht werden könne. Das wäre der Fall, wenn er es sich entgegen seiner Obliegenheit, für eine möglichst vorteilhafte Verwertung des Gesellschaftsvermögens zu sorgen, nicht hätte angelegen sein lassen, durch einen Verkauf des Geschäfts im ganzen mit oder ohne Firma auch die ideellen Werte des Unternehmens tunlichst nutzbar zu machen und einer Verteilung an die Gesellschafter zuzuführen.

Das BG. prüft denn auch — über seinen oben gekennzeichneten Standpunkt hinaus, daß ein Gesellschafter durch die Ablehnung einer Firmenveräußerung grundsätzlich nicht gegen Gesellschafterpflichten verstoße —, ob der Kl. nach den besonderen Umständen des Falles verpflichtet gewesen sei, sich für eine Veräußerung des Gesellschaftsunternehmens mit oder ohne Firma einzusetzen, und ob ihn insoweit der Vorwurf einer schuldhaften Unterlassung treffe. Soweit es dabei die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags heranzieht und ihnen entnimmt, daß durch sie das Mitbestimmungsrecht des Kl. als Gesellschafters bei einer Firmenveräußerung keinesfalls habe ausgeschlossen werden sollen, ist diese Erwägung nach dem vorher Ausgeführten nicht erschöpfend. Denn sollte der Kl., wie das BG. annimmt, nach dem Gesellschaftsvertrag berechtigt sein, bei einem Geschäftsverkauf mitzuwirken, und die Zulässigkeit einer Firmenveräußerung von seiner Einwilligung abhängen, so ist damit noch nicht die Frage beantwortet, ob ihm der Gesellschaftsvertrag nicht auch die Pflicht auferlegte, von seinem Mitbestimmungsrecht nur in gewisser Weise Gebrauch zu machen. Die §§ 20—25 des Gesellschaftsvertrags, die das BG. anführt, mögen bestimmte Fälle einer Veränderung im Bestande der Gesellschaft oder ihrer Teilhaber treffen, die nicht eingetreten sind. Wenn sie aber nach der Ansicht des BG. das Bestreben erkennen lassen, die seit über 100 Jahren in Familienbesitz befindliche Firma der Familie R. zu erhalten oder wenigstens deren Mitbestimmungsrecht für die Fortführung der Firma durch einen anderen zu sichern, so durfte das BG. nicht, wie es für richtig hält, dahingestellt lassen, ob jene Bestimmungen nicht auch für andere Fälle einer Umgestaltung der Gesellschaft oder eines Wechsels im Gesellschafterbestande gelten sollten. Es wäre vielmehr zu prüfen gewesen, ob das in jenen Bestimmungen zutage getretene Bestreben nicht einen Schluß dahin rechtfertige, daß der Kl. auch bei einer Auflösung und Liquidation der Gesellschaft mit Ansprüchen auf Beteiligung am ideellen Werte des Geschäfts und insbes. der Firma ausgeschlossen sein oder hinter seinen zur Familie R. gehörigen Mitgesellschaftern zurückstehen sollte. Der Rev. ist zuzugeben, daß insbes. die §§ 19, 24, 25 und 26 des Gesellschaftsvertrags — letztere Bestimmung hat das BG. offenbar überhaupt unberücksichtigt gelassen — Anlaß bieten könnten, auf einen dahin gehenden Willen der Vertragsteile zu schließen, und daß, soweit hiernach noch Zweifel über den Umfang der von ihnen gewollten Regelung übrig bleiben sollten, deren Lösung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nach § 157 BGB. zu suchen wäre. Ergäbe sich danach, daß der Kl. auch bei einer Auseinandersetzung im Wege der Liquidation Beschränkungen hinsichtlich seiner Beteiligung am Geschäfts- und Firmenwert unterworfen sein sollte, so könnte hieran für die Frage, inwieweit er verpflichtet sei, einem Geschäfts- und Firmenverkauf zuzustimmen, nicht vorübergegangen werden. Eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende Pflicht zur Wah-

rung der Belange der Familie R. in Ansehung der Erhaltung und Verwertung der Firma könnte dafür sprechen, daß er gesellschaftswidrig handele, wenn er sich einer Veräußerung der Firma widersetzte.

Soweit das BG. auch sonstige Umstände, die eine Verpflichtung des Kl. zur Einwilligung in eine Firmenveräußerung begründen könnten, nicht als gegeben ansieht, dessen Weigerung vielmehr in Anbetracht seiner persönlichen Verhältnisse und seiner Verdienste um das Geschäft für berechtigt erachtet, halten diese Ausführungen einer rechtlichen Nachprüfung ebenfalls nicht stand. Das BG. läßt außer acht, daß der Kl. bei der Erfüllung gesellschaftsrechtlicher Obliegenheiten nicht nur seine Belange in Betracht ziehen und danach seine Entschließungen treffen durfte. Das durch die Gesellschaft begründete Vertrauens- und Treueverhältnis, das ihn mit seiner Mitgesellschafterin verband, erforderte vielmehr, daß er ebenso deren Wohl und Nutzen berücksichtigte. Mochte auch der geschäftliche Erfolg des Unternehmens vor allem seit der Erkrankung R.s im wesentlichen auf der Tätigkeit des Kl. beruht haben und dieser sowohl deshalb, wie auch nach seinem beruflichen Werdegang und seinem Alter Anspruch darauf erheben können, sein weiteres Fortkommen in selbständigen Betrieb eines in sein Fach einschlagenden Geschäfts zu suchen und dabei durch das Fortbestehen des alten Geschäfts nicht unbillig beeinträchtigt zu werden, so konnte dies allein es nicht rechtfertigen, daß er sich einer Fortführung des Geschäfts und der Firma S. durch einen anderen schlechthin widersetzte. Er durfte sich kraft seiner Treuepflicht gegenüber seiner Mitgesellschafterin in seinen Maßnahmen nicht nur durch Rücksichten auf seinen eigenen Nutzen leiten lassen, wenn er damit die Gesellschaft schädigte. Das war aber der Fall, wenn er eine mögliche, gewinnbringende Veräußerung des Geschäfts samt Firma durch die Verweigerung seiner Einwilligung grundlos vereitelte und entgegen seiner Verpflichtung als Liquidator nicht förderte. Die Bekl. konnte als Mitgesellschafterin verlangen, in ihrem Rechte auf eine möglichst vorteilhafte Verwertung des Gesellschaftsvermögens nicht verkürzt zu werden, und das BG. würdigt die für eine Vertragsauslegung nach § 157 BGB. beachtlichen Umstände nicht erschöpfend, wenn es diesen Gesichtspunkt beiseite läßt. Für das vom Kl. einzuschlagende Verhalten war von Bedeutung, daß ihm überhaupt erst durch den Eintritt in ein altes, fest begründetes Familienunternehmen Gelegenheit geboten worden war, seine Fähigkeiten zu entfalten, daß die Kapitalbeteiligung der Familie R. die seinige wesentlich überstieg und daß auch nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrags seine Verbindung mit dem Unternehmen niemals dazu führen sollte, die Mitglieder jener Familie ihres Übergewichts innerhalb der Gesellschaft zu berauben. Wollte man demgegenüber, wie es das BG. tut, lediglich die Belange des Kl. ausschlaggebend sein lassen und seine Weigerung, in eine Geschäfts- und Firmenveräußerung zu willigen, schon deshalb für berechtigt ansehen, weil es ihm nicht zugemutet werden könne, sich sein eigenes Fortkommen zu erschweren, so liefe dies, wie die Rev. zutreffend bemerkt, im Ergebnis darauf hinaus, daß für das Maß der gesellschaftlichen Pflichten des Kl. allein seine eigennützigen Ziele Beachtung fänden, die Belange der Bekl. hingegen unberücksichtigt blieben.

Das BG. hält den auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht des Kl. gerichteten Anspruch der Widerklage weiter auch um deswillen für unbegründet, weil dem Kl. nicht zum Vorwurf gemacht werden könne, durch sein Verhalten das Zustandekommen eines Geschäfts- und Firmenverkaufs schuldhaft vereitelt zu haben.

Kommt nunmehr nur noch in Frage, ob dieser pflichtwidrig gehandelt hat, soweit er den ihm von der Bekl. mitgeteilten Verkaufsgelegenheiten nicht nachgegangen ist, so geben jedoch die Ausführungen des BG., mit denen es dies verneint, ebenfalls zu rechtlichen Bedenken Anlaß. Das BG. nimmt an, daß der Kl. trotz der im November 1935 mit der Bekl. getroffenen Vereinbarung, die Liquidation zu beschleunigen und bis Ende Januar 1936 zum Abschluß zu bringen, eine sich ihm bietende Möglichkeit, das Unternehmen im ganzen zu veräußern, habe ausnutzen müssen. Dem ist beizutreten. Denn kamen die Parteien überein, das bis dahin nur verzögerlich betriebene Liquidationsverfahren nunmehr möglichst rasch zu beenden, so besagte dies nicht, daß auch die im Geschäft steckenden Vermögenswerte nur durch einen Abbau des Geschäfts bis zu seiner schließlichen Auflösung hätten flüssig gemacht werden sollen. Der Kl. mochte zwar nach dem bisherigen Verhalten der Bekl. davon haben ausgehen können, daß diese mit einer Abwicklung des Geschäfts durch Veräußerung der vorhandenen Waren, Einziehung der Außenstände und Aufgabe des Betriebs einverstanden sei und nicht erwarte, daß darüber hinaus auch versucht werde, die im Geschäft vorhandenen ideellen Werte, insbes. den der Firma, in Geld umzusetzen. Auch die Vereinbarung vom November 1935 ließ nicht erkennen, daß die Bekl. insoweit anderen Sinnes geworden sei. Das gab aber dem Kl. nicht das Recht, auf dem damit geübten Abwicklungsverfahren zu beharren, wenn sich dieses als für das Liquidationsergebnis unvorteilhaft erwies und die Bekl. den Wunsch aussprach, daß von ihm abgegangen werde. Der Kl. war als Liquidator verpflichtet, den Nutzen der Gesellschaft zu wahren und ihr Vermögen so gut wie möglich zu verwerten. Bot sich Gelegenheit, das Geschäft samt Firma im ganzen zu veräußern und dadurch Werte zu retten, die andernfalls ungenutzt blieben, so handelte er — immer vorausgesetzt, daß er als Gesellschafter einer solchen Veräußerung hätte zustimmen müssen — pflichtwidrig, wenn er hiervon keinen Gebrauch machte.

Das BG. stellt deshalb mit Recht darauf ab, ob die dem Kl. von der Bekl. mitgeteilten Verkaufsmöglichkeiten derart waren, daß er sich von ihrer Weiterverfolgung hätte Erfolg versprechen können, und ob ihm daraus, daß er sie unbeachtet ließ, der Vorwurf einer von ihm zu vertretenden Pflichtwidrigkeit gemacht werden kann. Soweit es dies hinsichtlich des Angebots der Bekl. v. 18. März 1936, das Geschäft selbst zu erwerben, verneint, ist dem im Ergebnis beizupflichten. Auch das Angebot des M. hatte, wie das BG. in nicht zu beanstandender und von der Rev. auch nicht angegriffener Würdigung seiner Aussage feststellt, nicht die Bedeutung, daß bei pflichtgemäßer Bemühung des Kl. ein Verkauf des Geschäfts hätte zustande kommen können.

Nicht frei von Rechtsirrtum sind dagegen die Erwägungen, mit denen das BG. den Kl. auch hinsichtlich des Angebots R. für entlastet hält (wird ausgeführt).

2. Soweit die Bekl. eine Schadensersatzpflicht des Kl. auch insofern festgestellt haben will, als er es unterlassen habe, das der Firma S. zustehende Ölsardinenkontingent für das erste Vierteljahr 1936 auszunutzen, hält das BG. einen solchen Anspruch in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht für begründet.

Die tatsächlichen Feststellungen des BG. stehen mit den von ihm aufgeführten Unterlagen jedoch nicht im Einklang (wird ausgeführt). Es bleibt daher offen, ob nicht auch seine rechtliche Beurteilung des Sachverhalts eine andere gewesen wäre, wenn es dem Vorbringen der Bekl. Rechnung getragen hätte. War die Firma S. befugt und in der Lage, ein ihr zustehendes Kontingent auszunutzen, so wäre es zum mindesten fraglich, ob die Verpflichtung des Liquidators hierzu schon deshalb entfiele, weil es sich um ein aus dem Rahmen der Liquidation fallendes Geschäft gehandelt hätte. Die Bekl. hatte, wie die Rev. hervorhebt, insoweit geltend gemacht, daß Ölsardinen bereits damals ein Lockartikel gewesen seien, dessen Anschaffung auch während des Liquidationsverfahrens geboten gewesen sei, um den Verkauf weniger gangbarer Ware zu fördern. Aber auch wenn dies nicht zuträfe, brauchte das Geschäft nicht in jedem Falle außerhalb des Liquidationszwecks liegen. Die dem Liquidator in § 149 HGB. verliehene Befugnis, zur Beendigung schwebender Geschäfte auch neue Geschäfte einzugehen, bedeutet nicht, daß solche nur zu diesem Zwecke vorgenommen werden dürften. Auch die Aufgabe des Liquidators, das Vermögen der Gesellschaft in Geld umzusetzen, erfordert häufig den Abschluß neuer Geschäfte. Der Liquidator würde in der Regel zur Erfüllung dieser Aufgabe überhaupt nicht imstande sein, wenn er hierzu nicht befugt wäre (vgl. RGZ. 44, 80; 72, 236 = JW. 1910, 41). Da ein der Gesellschaft zugewiesenes Kontingent, durch das eine Anwartschaft auf Zuteilung einer nur beschränkt beziehbaren Ware begründet wurde, einen Vermögenswert dar-

stellte, der zur Liquidationsmasse gehörte, konnte sich auch hieraus die Pflicht des Kl. ergeben, diesen Wert durch Ausübung des Bezugsrechts und Verkauf der anfallenden Ware nutzbar zu machen.

Das angefochtene Urteil unterliegt hiernach der Aufhebung, soweit es die auf Feststellung der Schadensersatzpflicht des Kl. gerichtete Widerklage abweist.

3. Die weiteren Ansprüche der Widerklage, die sich auf eine Verletzung eines den Kl. nach dem Gesellschaftsvertrag und nach § 112 HGB. treffenden Wettbewerbsverbots stützen, hält das BG. für unbegründet, weil dem Kl. nach Treu und Glauben eine Betätigung in eigenen Geschäften nicht habe verwehrt werden können, nachdem spätestens vom Herbst 1935 ab die Umsätze der Firma S. erheblich zurückgegangen seien. Habe sich der Kl., so meint das BG., bis dahin eines Wettbewerbs enthalten müssen, weil er seinen und seiner Familie Unterhalt in den Erträgnissen der Liquidationsgesellschaft habe finden können, so sei ihm, als dies nicht mehr der Fall war, nicht zuzumuten gewesen, seine Arbeitskraft ausschließlich der Gesellschaft zu widmen, zumal da er eine Vergütung für seine Liquidationstätigkeit früher weder beansprucht, noch jemals erhalten habe.

Soweit das BG. hierbei davon ausgeht, daß ein Gesellschafter an das Wettbewerbsverbot des § 112 HGB. grundsätzlich auch nach dem Eintritt der Liquidation gebunden sei, kann dem allerdings in dieser Allgemeinheit nicht beigetreten werden. Für die Geltung des § 112 HGB. auch während des Liquidationsverfahrens kommt § 156 HGB. in Betracht, der bestimmt, daß in bezug auf das Rechtsverhältnis der bisherigen Gesellschafter untereinander sowie der Gesellschaft zu Dritten die Vorschriften des 2. und 3. Titels zur Anwendung gelangen, soweit sich nicht aus den gesetzlichen Vorschriften über das Liquidationsverfahren oder aus dem Zwecke der Liquidation ein anderes ergibt. Gerade aus dem Zwecke des Liquidationsverfahrens, den werbenden Betrieb der Gesellschaft zu beenden und das Gesellschaftsvermögen aus seiner gesellschaftsrechtlichen Gebundenheit zu lösen, wird aber in der Regel zu folgern sein, daß ein Gesellschafter nach dem Eintritt der Liquidation einer Beschränkung in seiner eigenen gewerblichen Betätigung nicht mehr unterworfen sein soll. Denn die Gefahr, daß er durch eine Verwertung der ihm als Gesellschafter bekanntgewordenen geschäftlichen Verhältnisse und Beziehungen der Gesellschaft diese benachteilige, verliert an Bedeutung, wenn die Gesellschaft selbst nur noch das Ziel verfolgt, ihre Geschäfte abzuwickeln und ihr Vermögen für eine Verteilung an die Gesellschafter bereitzustellen. Für die zeitliche Geltung des § 13 des Gesellschaftsvertrags, der sich inhaltlich mit der gesetzlichen Vorschrift des § 112 HGB. im wesentlichen deckt, kann nichts anderes angenommen werden. Eine hiervon abweichende Auffassung kann freilich geboten sein, wenn die besonderen Umstände des Falles ergeben, daß durch den Eintritt der Liquidation an den Gründen, aus denen der Gesellschaft eine eigene geschäftliche Betätigung ihrer Gesellschafter unerwünscht sein muß, nichts geändert wird. Hält die Gesellschaft trotz der Liquidation ihren werbenden Betrieb zunächst im wesentlichen aufrecht, so rechtfertigt dies die Annahme, daß sie so lange auch einem Wettbewerb ihrer Teilhaber nicht ausgesetzt sein will und daß diese von einer Wettbewerbsbeschränkung erst dann befreit sein sollen, wenn die Gesellschaft zu einem wirklichen Abbau ihres Handelsgeschäfts schreitet. Es ist deshalb im Ergebnis nicht zu beanstanden, wenn das BG. für die Zeit, in der die Firma S. auch als Liquidationsgesellschaft werbende Geschäfte in erheblichem Maße getätigt hat, dem Kl. ein Recht zu eigener gewerblicher Betätigung abspricht. Es unterliegt aber nach dem vorher Ausgeführten ebensowenig rechtlichen Bedenken, wenn es eine fernere Bindung des Kl. an ein vertragliches oder gesetzliches Wettbewerbsverbot von dem Zeitpunkt ab verneint, in dem der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft aufhörte, ein werbender zu sein. Seine Annahme, das sei der Fall gewesen, als der Kl. Ende August 1935 ein eigenes Gewerbe angemeldet habe, liegt lediglich auf tatsächlichem Gebiet und ist mangels einer dazu erhobenen Verfahrensrüge einer Nachprüfung im Revisionsverfahren nicht zugänglich. Schon damit rechtfertigt sich aber die Abweisung der aus der Verletzung eines Wettbewerbsverbots hergeleiteten Ansprüche der Widerklage. Denn das BG. stellt weiter fest, daß der Kl. erstmalig im September 1935, also nach jenem Zeitpunkt, eigene Geschäfte getätigt habe.

(RG., II. ZivSen., U. v. 14. Sept. 1938, II 17/38.)

Anmerkung: Aus der Praxis ist bekannt, daß die Liquidation einer OHG. oder KommGes., wenn sie sich nicht in vernünftigem Zusammenwirken der Gesellschafter, sondern im Streit vollzieht, schwierige und zweifelhafte Rechtsfragen mit sich bringt. Zur Klärung einiger dieser Fragen liefert die vorl. Entscheidung einen wertvollen Beitrag.

1. Forderungen einer OHG. oder KommGes. werden namens der Gesellschaft von den geschäftsführenden Gesellschaftern und im Liquidationsfalle von den Liquidatoren geltend gemacht. Der einzelne Gesellschafter kann eine zum Gesellschaftsvermögen gehörende Forderung nicht im eigenen Namen geltend machen, auch nicht indem er Zahlung an die Gesellschaft verlangt. Anders verhält es sich mit den sog. „Sozialansprüchen", d. h. Ansprüchen, die den Teilhabern einer OHG. oder KommGes. auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses zustehen (früher sog. actio pro socio). Solche Ansprüche kann auch der einzelne Gesellschafter geltend machen, indem er Leistung an die Gesellschaft verlangt. Die Ansprüche der Personengesellschaft als solcher und die des einzelnen Gesellschafters stehen insofern nebeneinander. Zu den sog. Sozialansprüchen gehören Schadensersatzansprüche gegen die geschäftsführenden Gesellschafter oder die Liquidatoren, wenn diese zugleich Gesellschafter sind, wegen Verletzung der ihnen nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden Verpflichtungen, sowie Ansprüche wegen Verletzung des in § 112 HGB. vorgesehenen Wettbewerbsverbots. Zu den Sozialansprüchen gehört auch der Anspruch auf Leistung der rückständigen Beiträge zum Gesellschaftsvermögen (vgl. die Zusammenstellung von Rspr. und Schrifttum bei Geiler, „Das Gesellschaftsrecht des bürgerlichen Rechts" in Dür.-Hach. II 1 Anm. 84). Für die lebende Gesellschaft ist das nahezu unstreitig. Zweifel bestanden bisher darüber, ob auch im Abwicklungsfalle die beiden Wege der Geltendmachung von Sozialansprüchen durch die Liquidatoren und die einzelnen Gesellschafter nebeneinander bestehen oder ob hier nicht etwa die Sozialansprüche nur von den Liquidatoren geltend gemacht werden können. Die Frage ist von dem RG. bereits früher in ersterem Sinne entschieden worden (vgl. RGZ. 90, 300; 91, 34 = JW. 1918, 18[41]) und wird in der vorl. Entscheidung mit Recht wieder bejaht. Es ist in der Tat nicht einzusehen, warum der einzelne Gesellschafter seines Rechts, die Sozialansprüche geltend zu machen, dadurch verlustig gehen sollte, daß die Gesellschaft in Abwicklung tritt. Etwas anders liegt die Frage bei der Einforderung der rückständigen Einlage. Hierauf bezog sich die scheinbar abweichende Entscheidung RGZ. 100, 165 = JW. 1921, 526. Inwieweit rückständige Einlagen trotz Eintritts der Liquidation noch einzufordern sind, kann nur von dem Liquidator nach pflichtgemäßem Ermessen entschieden werden. Seiner Entschließung kann der einzelne Gesellschafter nicht vorgreifen, indem er seinerseits die Leistung der Einlage an die Gesellschaft verlangt. In Wirklichkeit handelt es sich hier aber gar nicht um die Frage, wer einen bestehenden Anspruch geltend machen kann, sondern darum, ob ein Anspruch überhaupt erhoben werden kann. Haben die Liquidatoren einmal entschieden, daß die Einlage einzuziehen sei, so kann der Anspruch auf Leistung der Einlage an die Gesellschaft auch von den einzelnen Gesellschaftern geltend gemacht werden. Dieser Gesichtspunkt, auf Grund dessen sich der scheinbare Widerspruch klärt, ist weder in der früheren Entscheidung RGZ. 100, 165, noch in der jetzigen Entscheidung scharf zum Ausdruck gekommen.

2. Die Liquidatoren haben nach pflichtgemäßem Ermessen darüber zu entscheiden, ob sie die einzelnen Vermögensstücke oder das Geschäft als Ganzes verkaufen wollen. Heutzutage wird im allgemeinen der Verkauf als Ganzes der Weg sein, bei dem die Zerstörung wirtschaftlicher Werte am ehesten vermieden wird. Der Bieter, der das Geschäft erwerben möchte, kann auch ein Gesellschafter sein. Das wird von dem RG. anerkannt, indem es das Angebot des Bekl., das Geschäft zu erwerben, nicht deshalb für unerheblich erklärt, weil der Bekl. Mitgesellschafter

gewesen sei, sondern weil man sein Angebot nicht habe ernst nehmen können. Dies ist für die Abwicklung aufgelöster Gesellschaften wichtig. Ein Gesellschafter z. B., der nach dem Gesellschaftsvertrage das Recht hatte, das Geschäft als ganzes für einen Preis von 200 000 RM zu erwerben, braucht dieses Recht nicht auszuüben und kann dann immer noch ein Angebot auf 180 000 RM machen, das die Liquidatoren berücksichtigen müssen, wenn nicht bei einer Einzelverwertung mindestens ebensoviel erlöst wird oder von dritter Seite nicht ein zum mindesten gleichgünstiges Angebot zu erzielen ist.

3. In diesen Zusammenhang spielt die Frage, ob es zur Veräußerung eines Handelsgeschäftes mit Firma seitens einer in Liquidation befindlichen Gesellschaft der Einwilligung aller Gesellschafter bedarf, auch derjenigen, deren Namen nicht in der Firma enthalten ist. Wenn es nämlich zur Veräußerung des Geschäftes mit Firma der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf, ist auch die Zustimmung desjenigen Gesellschafters erforderlich, der die Veräußerung als Liquidator durchzuführen hat, und dieser Gesellschafter ist nicht etwa verpflichtet, seine Zustimmung deshalb zu geben, weil er zugleich Liquidator ist. Die Frage ist deshalb so zweifelhaft, weil die Firma zwei verschiedenartige Elemente enthält. Sie ist einmal ein Persönlichkeitsrecht, nämlich der kaufmännische Name, unter dem alle Gesellschafter im Verbande der Gesellschaft ihre Geschäfte betreiben. Sie ist zum andern aber auch ein zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Vermögensobjekt, was am augenfälligsten darin zum Ausdruck kommt, daß der entgeltlich erworbene Firmenwert handelsrechtlich aktiviert werden darf (vgl. § 133 Ziff. 5 AktG.) und steuerlich sogar aktiviert werden muß und nicht einmal abgeschrieben werden darf. Es fragt sich, welches der beiden Elemente, die sich bei diesem Problem nicht miteinander vertragen, überwiegt. Diese Frage tritt am krassesten im Falle des Konkurses in Erscheinung. Überwiegend wird angenommen, daß nicht einmal der Konkursverwalter über die Firma verfügen kann (vgl. an neueren Nachweisungen: JW. 1937, 2976; 1938, 747; DJ. 1937, 1817; JW. 1937, 2978). Er kann das nicht einmal dann, wenn eine derivativ erworbene Firma mit Recht als Aktivum in der Bilanz ausgewiesen war, auf die die im Konkurs zu befriedigenden Gläubiger vertraut haben. Genießt aber die Firma als Persönlichkeitsrecht sogar den Vorrang vor den Vermögensinteressen der konkursmäßig zu befriedigenden Gläubiger, so muß das erst recht gelten, wenn es sich lediglich um die Interessen einzelner Gesellschafter an einer möglichst günstigen Verwertung der Liquidationsmasse handelt.

4. Mit der Feststellung, daß die Firma nur mit Zustimmung aller Gesellschafter veräußert werden kann, ist dieses Problem aber praktisch nicht abgeschlossen. Es ist vielmehr eine Frage der Vertrags-, notfalls der ergänzenden Vertragsauslegung, ob nicht der einzelne Gesellschafter, dessen Zustimmung zur Veräußerung der Firma erforderlich ist, auf Grund des Gesellschaftsvertrages nach Treu und Glauben verpflichtet ist, diese Zustimmung zu erteilen. Darin liegt der Kern der besprochenen Entscheidung. Bei dieser Frage sind alle Umstände innerhalb und außerhalb des Gesellschaftsvertrages zu berücksichtigen. Wenn beispielsweise eine Firma „derivativ" erworben, d. h. von den Gesellschaftern bezahlt worden ist, wird man im allgemeinen annehmen können, daß sie im Verhältnis der Gesellschafter zueinander als Vermögensobjekt, nicht als Persönlichkeitsrecht zu behandeln ist. Das gleiche dürfte im allgemeinen anzunehmen sein, wenn die Übernahmerechte in einem Gesellschaftsvertrage gehäuft sind, d. h. wenn nicht nur für einen bestimmten Gesellschafter das Recht ausbedungen ist, das Geschäft zur Abwendung der Liquidation mit Firma zu übernehmen, sondern wenn solche Übernahmerechte den verschiedensten Personen gewährt sind. Auch dann wird man sagen können, daß im Verhältnis der Gesellschafter zueinander der personenrechtliche Charakter der Firma hinter den vermögensrechtlichen zurückgetreten sei und daß das vermögensrechtliche Element deshalb auch dann den Vorrang beanspruchen kann, wenn es sich nun nicht gerade um die Übertragung an eine der verschiedenen in dem Gesellschaftsvertrage vorgesehenen Personen handele. Nachdem das Problem in dieser Weise herausgeschält ist, sollte die Praxis dazu übergehen, die Firmenveräußerung im Liquidationsfalle in den Gesellschaftsverträgen klar zu regeln.

5. Mit Recht nimmt das RG. an, daß die Bestimmung des § 149 HGB., wonach die Liquidatoren zur Beendigung schwebender Geschäfte auch neue Geschäfte eingehen können, nicht engherzig auszulegen ist. Nicht darauf kommt es entscheidend an, ob die neuen Geschäfte zur Beendigung schwebender Geschäfte geschlossen werden, sondern darauf, ob sie zur Erreichung des Liquidationszweckes, nämlich der möglichst verlustlosen Umsetzung des Gesellschaftsvermögens in Geld, erforderlich sind.

6. Das Wettbewerbsverbot des § 112 HGB. hört grundsätzlich mit Eintritt der Liquidation auf. Abweichendes kann sich indessen, wie das RG. mit Recht annimmt, aus den Umständen des einzelnen Falles ergeben. Wenn beispielsweise eine Terraingesellschaft in Liquidation tritt, deren eigentlicher Geschäftszweck in der Liquidation besteht, so werden die Gesellschafter während der Liquidation nicht mit der Gesellschaft in Wettbewerb treten dürfen. Ähnliches wird im allgemeinen dann gelten, wenn das Unternehmen nach Eintritt der Liquidation im wesentlichen unverändert als lebendes Geschäft weitergeführt wird, um als Ganzes veräußert zu werden. Dann dürfen die Gesellschafter der Gesellschaft bis zur Veräußerung keinen Wettbewerb machen, nicht weil hierdurch der Gesellschaftszweck beeinträchtigt wird, auf den es nicht mehr ankommt, sondern weil der Wettbewerb mit dem Liquidationszweck unvereinbar ist.

RA. und Notar Dr. Boesebeck, Frankfurt a. M.

Zivilprozeßordnung

**** 30. RG. — §§ 274 Ziff. 1 und 2, 528, 566 ZPO.; § 48 ArbGG. Fälle, in denen an Stelle des angerufenen ordentlichen Gerichts das ArbG. zuständig ist oder umgekehrt, sind zu behandeln, als ob das angerufene Gericht sachlich unzuständig sei. Im Verfahren vor den ordentlichen Gerichten kann daher die Frage, ob das ArbG. zuständig sei, in den höheren Instanzen nur noch unter den Voraussetzungen des § 528 ZPO. nachgeprüft werden.**

Das BG. hat die Frage, ob etwa für die Klage das ArbG. zuständig gewesen wäre, mit Recht nicht geprüft, nachdem das LG. seine Zuständigkeit angenommen hatte und keine der Parteien geltend gemacht hat, daß die Sache vor das ArbG. gehöre (§ 528 ZPO.).

Es kann hiergegen nicht eingewendet werden, daß es sich, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, unter denen nach § 2 ArbGG. „unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte" die ArbG. zur Entscheidung berufen sind, in der Tat nicht um einen Mangel der Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts handele, sondern um die Unzulässigkeit des Rechtsweges, daß diese von dem Gericht in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu berücksichtigen sei und daß demgemäß, wenn auch unter den Voraussetzungen des § 528 ZPO. die Parteien nicht mehr eine Rüge erheben könnten, die die von dem § 2 a. a. O. sog. „Zuständigkeit" des ArbG. geltend mache, doch in jedem Falle noch, selbst in der RevInst., das sich aus dem Sachverhalt selbst ergebende Vorliegen der Zuständigkeit des ArbG. berücksichtigt werden müsse. In der Tat hat sich der Große Senat des RG. für Zivilsachen in seinem Beschl. v. 21. Dez. 1937: RGZ. 156, 279 = JW. 1938, 365 [2] über die Abgrenzung der Zulässigkeit und der Unzulässigkeit des Rechtsweges dahin ausgesprochen, es sei angebracht, abweichend von der bisherigen reichsgerichtlichen Rspr. allgemein i. S. der Prozeßgesetze die Trennungslinie nicht zwischen Verwaltungsbehörde und Verwaltungsgericht einerseits und ordentlichen und besonderen Gerichten andererseits zu ziehen, sondern zwischen den ordentlichen Gerichten auf der einen Seite und allen anderen öffentlichen Stellen auf der anderen Seite, und demgemäß auch für den § 547 Nr. 1 ZPO. die „Unzulässigkeit des Rechtswegs" als gleichbedeutend zu betrachten mit der „Unzulässigkeit des Rechtswegs vor den ordentlichen Gerichten" und der „Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs". Indessen will dieser Beschluß zwar einen allgemeinen Rechts-

grundsatz aufstellen, jedoch die Möglichkeit nicht ausschließen, daß in bestimmten einzelnen Fällen durch gesetzliche Sondervorschriften eine abweichende Regelung getroffen worden ist. Gerade auf die Bestimmungen des ArbGG. weist der Beschluß selbst in solchem Zusammenhange hin (a. a. O. S. 289), freilich ohne in dieser Hinsicht Stellung zu nehmen, da der ihm zur Entscheidung vorl. Fall dazu keine Veranlassung gab. Aus entsprechenden Gründen kann auch einer anderen höchstrichterlichen Entscheidung des RArbG.: JW. 1938, 2058[52] = RArbG. 19, 186 für die hier erörterte Frage nichts Wesentliches entnommen werden, da jene nur allgemein die engen Wechselbeziehungen zwischen den ordentlichen Gerichten und den ArbG. hervorhebt, sich sonst aber mit einer auf anderem Gebiete liegenden Frage befaßt. Das RArbG. legt nämlich (a. a. O. S. 192/193) dar, daß fortan bei jedem an sich vor die ArbG. gehörigen Rechtsstreit auch geprüft werden müsse, ob nicht etwa andere Sondergerichte inzwischen zuständig geworden sind. Dieser Satz berührt das hier zu erörternde Verhältnis zwischen den ordentlichen Gerichten und den ArbG. nicht.

In der Tat muß angenommen werden, daß in Hinsicht des Verhältnisses zwischen den allgemeinen und den ArbG. der Gesetzgeber eine Sonderregelung getroffen hat. Dies ergibt bereits der insoweit unmißverständliche Wortlaut des § 528 ZPO., der die Zuständigkeit des ArbG. ausdrücklich als einen Fall der Unzuständigkeit des Gerichts, nicht der Unzulässigkeit des Rechtsweges behandelt. Ihre entscheidende Bestätigung aber empfängt diese Auffassung durch die Vorschriften des § 48 ArbGG. Die Regelung, die sie für den Fall treffen, daß im Verhältnis zwischen dem ordentlichen Gericht und dem ArbG. das angerufene Gericht nicht zuständig ist, entspricht nicht den Folgerungen, die eintreten müßten, wenn der Gesetzgeber Fälle dieser Art unter den Gesichtspunkten der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtsweges behandelt wissen wollte. Sie kann nur so verstanden werden, daß der Gesetzgeber diese Fälle den Regeln unterwerfen wollte, die gelten, wenn dem angerufenen Gericht lediglich die sachliche Zuständigkeit fehlt. Dem entspricht die Folgerung, daß in den höheren Rechtszügen die „Zuständigkeit" des ordentlichen Gerichts gegenüber der des ArbG. nur noch unter den Voraussetzungen des § 528 ZPO. (für die RevInst. geltend nach § 566 ZPO.) einer Nachprüfung unterzogen werden kann.

(RG., III. ZivSen., U. v. 23. Sept. 1938, III 19/38.) [N.]

*

31. RG. — § 274 Abs. II Ziff. 3 ZPO.

1. Auch bei Ungültigkeit des Hauptvertrages ist die Einrede des Schiedsvertrages dann begründet, wenn nach dem Willen der Vertragschließenden das Schiedsgericht auch zur Entscheidung über die Wirksamkeit des Hauptvertrages berufen ist.

2. Nach der Rspr. des RG. wird durch ein unanfechtbar gewordenes Urteil, das die Klage auf Grund der Einrede des Schiedsvertrages abweist, Rechtskraft in dem Sinne geschaffen, daß nunmehr zwischen den Parteien feststeht, die Entscheidung ihres Streits habe auf Grund eines wirksamen Schiedsvertrages durch ein Schiedsgericht zu erfolgen. †)

Die Kaufleute Jean Pierre F. und Josef F. in Luxemburg haben durch Vertrag v. 15. Jan. 1935 dem Kl. und dem in Brüssel wohnenden Kaufmann St. die ausschließliche Lizenz an Patenten und zum Patent angemeldeten Erfindungen, die Ladevorrichtungen für Müll und andere Schüttgüter zum Gegenstande haben, in verschiedenen Ländern, darunter auch in Deutschland, eingeräumt.

Der Kl. hat eine weitere Urkunde ohne Datum vorgelegt, die nur von ihm und dem Zweitbekl., und zwar von diesem als geschäftsführender Gesellschafter der Erstbekl. unterzeichnet worden ist. Nach dieser Urkunde haben der Kl. und St. gemeinsam der Erstbekl. für im einzelnen nicht angegebene Bezirke in Deutschland gegen einen Anteil am Reinverkaufspreis das Recht übertragen, die den Gegenstand des Lizenzvertrages v. 15. Jan. 1935 bildenden patentierten Ladevorrichtungen herzustellen und zu vertreiben. In § 23 der Urkunde heißt es, daß das darin enthaltene Abkommen von dem Kl., von St. und von dem Fabrikanten rechtsgültig zu unterzeichnen sowie von Josef F. als Patentinhaber zum Zeichen des Einverständnisses zu paragraphieren sei.

Der Kl. hat vorgetragen, ein Vertrag des aus dieser Urkunde ersichtlichen Inhalts sei im Juni 1935 von ihm und St. mit den beiden Bekl. abgeschlossen worden. Nach den Bedingungen dieses Vertrages hätten die Vertragsbeteiligten 1½ Jahre gearbeitet. Er habe bei deutschen Städten eine umfangreiche Werbetätigkeit mit großem Erfolge entfaltet. Die Stadt R. habe der Erstbekl. einen größeren Auftrag erteilt; andere Aufträge hätten in Aussicht gestanden. Die Bekl. hätten sich aber grundlos geweigert, vom Kl. vermittelte Aufträge auszuführen. Sie hätten mit St. und den Kaufleuten F. gemeinsame Sache gemacht, um ihn um die Früchte seiner Arbeit zu bringen. Zu diesem Zwecke hätten sie am 23. Okt. 1936 den zwischen den Parteien bestehenden Fabrikationsvertrag gekündigt. Im Einvernehmen mit den Bekl. und St. hätten die beiden F. auch den Lizenzvertrag v. 15. Jan. 1935 am 26. Sept. 1936 gekündigt. Mit Rücksicht auf die Vertragsverletzungen seiner Vertragsgegner, deren Kündigungserklärungen unwirksam seien, habe er am 1. Febr. 1937 seinerseits den Lizenzvertrag v. 15. Jan. 1935 und den Herstellungsvertrag gekündigt.

Der Kl. hat gegen die Erstbekl., den Zweitbekl., St. und die beiden F. Schadensersatzansprüche aus Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung geltend gemacht und gegen sie vor dem LG. S. Klage mit folgenden Anträgen erhoben.

I. a) Gegen die Erstbekl. und den Zweitbekl.:

1. Festzustellen, daß die von diesen Bekl. mit Schreiben v. 23. Okt. 1936 erklärte Kündigung des Fabrikationsabkommens unzulässig und damit rechtsunwirksam sei, daß daher das gesamte Abkommen unverändert mit allen Rechten und Pflichten der Beteiligten nach Maßgabe des Abkommens bis zu der am 1. Febr. 1937 ausgesprochenen Kündigung des Kl. bestanden habe.

2. Beide Bekl. zu verurteilen, an ihn 2000 *RM* zu zahlen.

c) Gegen sämtliche Bekl.:

1. Festzustellen, daß sie als Gesamtschuldner verpflichtet seien, ihm allen Schaden zu ersetzen, den er durch die von den Bekl. begangenen schuldhaften Verletzungen der in den Anträgen genannten Abkommen erlitten habe und noch erleiden werde.

2. Sämtliche Bekl. zu verurteilen, an ihn weitere 2000 *RM* zu zahlen.

St. und die beiden F. haben die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit des LG. S. geltend gemacht.

Die Erstbekl. und der Zweitbekl. haben folgendes vorgetragen:

Vertragliche Beziehungen beständen zwischen ihnen und dem Kl. nicht. Wenn man aber den Fabrikationsvertrag als wirksam abgeschlossen ansehe, so ergebe sich aus seinem § 19, daß ein Schiedsgericht zur Entsch. aller Streitigkeiten der Parteien berufen sei.

Der von den Bekl. in Bezug genommene § 19 der Urkunde über den Fabrikationsvertrag hat folgenden Wortlaut:

Beilegung von Streitigkeiten.

Das vorliegende Abkommen ist eine auf kollegialem Verhältnis und gegenseitigem Vertrauen gegründete Arbeitsgemeinschaft, bei der alle etwa entstehenden Differenzen durch wechselseitige Verständigung, gegebenenfalls auch schiedsrichterlich, unter Ausschluß des Rechtsweges geregelt werden sollen. Sofern Fragen auftreten, die nicht durch die Bedingungen dieses Abkommens gelöst sind, wird vereinbart, daß das Buch „Ratgeber in Patentsachen" von Dr. E. Bogdahn für ihre Regelung maßgebend sein soll.

Der folgende § 20 der Urkunde lautet:

Gerichtsstand.

Für den Fall eines Rechtsstreits wird vereinbart, daß der Gerichtsort sich am Sitz der beklagten Partei befindet, und für den Schiedsgerichtsfall da, wo die vorgeladene Partei ihren Sitz hat.

Das LG. hat die Klage in vollem Umfange abgewiesen, und zwar soweit sie gegen die Erstbekl. und den Zweitbekl. gerichtet war, auf Grund der Einrede des Schiedsvertrages, und soweit St. und die beiden F. verklagt waren, auf Grund der Einrede der örtlichen Unzuständigkeit.

Das OLG. hat die Berufung des Kl. unter Billigung der Rechtsansicht des LG. zurückgewiesen.

Auf die Rev. des Kl. hob RG. das Urteil des OLG. auf, insoweit die Klage gegen die Erst- und Zweitbekl. abgewiesen war. Auf die Berufung des Kl. änderte RG. das Urteil des LG. dahin ab, daß die von den Erst- und Zweitbekl. erhobene Einrede des Schiedsvertrags verworfen und der Rechtsstreit im bezeichneten Umfang an das LG. zurückverwiesen wurde.

Mit der Rev. macht der Kl. geltend, daß der Berufungsrichter die im Verfahren vor dem LG. erhobene Einrede des Schiedsvertrages unrichtig beurteilt habe. Ausdrücklich bemängelt er allerdings nur, der Berufungsrichter habe unter Verstoß gegen Auslegungsregeln im § 19 des sog. Fabrikationsabkommens die Abrede eines Schiedsvertrages erblickt; bei sinngemäßer Auslegung, insbesondere Heranziehung des nicht berücksichtigten § 20 des Vertrages, der für den Fall eines Rechtsstreits den Gerichtsstand bestimme, habe er zu dem Ergebnis kommen müssen, daß § 19 nur eine Richtlinie für die Erledigung von Streitigkeiten der Vertragsbeteiligten gebe. Auf Grund der nicht das Verfahren des Berufungsrichters, sondern den Inhalt seiner Entsch. betreffenden Rechtsbegriffe ist indessen in den durch die Anträge bezeichneten Grenzen die rechtliche Beurteilung des dem BU. zugrunde liegenden Sachverhalts auch im übrigen nachzuprüfen (RGZ. 132, 330 = JW. 1931, 2475; Jonas, 15. Aufl. 1935, Bem. IV Anm. 23 zu § 554 ZPO.).

Schon im Verfahren vor dem LG. haben die Bekl. das Zustandekommen des Vertrages v. 15. Jan. 1935 und überhaupt das Bestehen vertraglicher Beziehungen zwischen den Parteien bestritten. Den gleichen Standpunkt haben sie im Berufungsverfahren eingenommen. Die Einrede des Schiedsvertrages haben sie nach dem Urteil des LG. in dem Sinne geltend gemacht, daß nach § 19 des Vertrages v. 15. Jan. 1935 ein Schiedsgericht zur Entsch. aller Streitigkeiten der Parteien berufen sei, wenn man, d. h. das Prozeßgericht, den Vertrag als wirksam abgeschlossen ansehe. Dazu hat das LG. ausgeführt, es brauche nicht entschieden zu werden, ob das Vorbringen der Bekl. richtig sei, daß es nicht zum Abschluß des in Rede stehenden Vertrages gekommen sei. Es sei vielmehr von der Rechtswirksamkeit des Vertrages auszugehen, weil der Kl. ihn zur Grundlage seiner Ansprüche gemacht habe. Nach § 19 des Vertrages sei aber bei Erfolglosigkeit der zunächst vorgesehenen gütlichen Einigung ein Schiedsgericht zur Entsch. aller Streitigkeiten der Parteien berufen; deshalb müsse die Klage auf Grund der Einrede des Schiedsvertrages abgewiesen werden.

Der Berufungsrichter billigt diese Erwägungen. Ergänzend führt er aus: Nach der Rspr. des RG. in der Frage der örtlichen Zuständigkeit bedürfe es eines besonderen Nachweises der Zuständigkeit nicht, wenn die sie rechtfertigenden Tatsachen zusammenfielen mit den Tatsachen, die zur Begründung der Klage vorgetragen würden; die Behauptung jener Tatsachen genüge alsdann zur Bejahung der Zuständigkeit (RGZ. 29, 371; 95, 268). Diese Grundsätze seien auch im Streitfall anwendbar. Mit dem ersten Klageantrage begehre der Kl. Feststellung der Wirksamkeit des Fabrikationsabkommens. Die ferner geltend gemachten Schadensansprüche wegen Nichterfüllung von Vertragspflichten beruhten gleichfalls auf dem Vertrage, so daß die Klage nur Erfolg haben könne, wenn der Vertrag zustande gekommen sei. Dann sei dieser Schluß aber auch hinsichtlich des darin enthaltenen Schiedsvertrages geboten. Die Sache liege so, daß mit der Behauptung der Wirksamkeit des Hauptvertrages auch der Abschluß des von ihm als Vertragsteil umfaßten Schiedsvertrages behauptet werde. Insoweit fielen der Klagegrund und die Voraussetzungen für die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zusammen. Der Kl. könne daher nicht verlangen, daß das angerufene Gericht über eine Klage sachlich entscheide, über die ihm, sofern sie überhaupt begründet sei, das Urteil nicht zustehe. Zum Belege dafür, daß auch diese Folgerung mit der Rspr. des RG. im Einklang stehe, nimmt der Berufungsrichter Bezug auf die Entsch. WarnRspr. 1910 Nr. 80 und 298. Er führt sodann weiter aus, im Streitfalle habe der Schiedsvertrag nicht der Schriftform bedurft und auch die weiteren Voraussetzungen des § 1027 Abs. 1 ZPO. nicht zu erfüllen brauchen, weil alle Beteiligten Kaufleute seien und der Schiedsvertrag für sie ein Handelsgeschäft gewesen sei. Sein Ergebnis ist, daß die Klage mit Recht auf Grund der Einrede des Schiedsvertrages abgewiesen worden sei.

Diese Ausführungen sind rechtlich nicht zu billigen. In den vom Berufungsrichter mißverstandenen Urteilen des RG.: WarnRspr. 1910 Nr. 80 und 298 wurde zur Begründung der Klage die Unwirksamkeit des die Schiedsklausel enthaltenden Vertrages geltend gemacht. Für solche Fälle hat das RG. die als richtig anzuerkennende Ansicht vertreten, daß die Behauptung der Tatsachen, aus denen sich die Ungültigkeit des Hauptvertrages und damit zugleich des Schiedsabkommens ergebe, zur Anrufung des staatlichen Gerichts genügen müßten, weil seine Befugnis zur Entsch. und die Berechtigung des Klagebegehrens davon in gleicher Weise abhängig seien und deshalb eine Entsch. in der Sache selbst in jedem Falle geboten sei (vgl. auch WarnRspr. 1919 Nr. 201). Einschränkend muß jedoch hinzugefügt werden, daß auch bei Ungültigkeit des Hauptvertrages die Einrede des Schiedsvertrages begründet ist, wenn nach dem Willen der Vertragschließenden das Schiedsgericht auch zur Entsch. über die Wirksamkeit des Hauptvertrages berufen ist, — das Schiedsabkommen also unabhängig vom Bestande des Hauptvertrages selbständige Bedeutung hat, und, was weiter hinzukommen muß, selbst ohne Rechts- oder Willensmängel zustande gekommen ist (RG.: WarnRspr. 1926 Nr. 141, RGUrt. v. 5. März 1935, II 294/34: JW. 1935, 2617[1] und entsprechend für die Vereinbarung des Gerichtsstandes: RGZ. 140, 149 = JW. 1936, 1886[9] m. Anm.).

Die Grundsätze der vom Berufungsrichter angeführten Entscheidungen sind in dem wesentlich anders liegenden Streitfall unanwendbar. Über die Frage, ob nach § 19 der Vertragsurkunde das Schiedsgericht auch über die Gültigkeit des Vertrages entscheiden soll, hat sich der Berufungsrichter nicht geäußert. Seine grundlegende Annahme über das Zusammenfallen der zur Begründung der Klage und der Einrede des Schiedsvertrages dienenden Tatsachen spricht dagegen, denn die Parteien könnten sich schiedsrichterlicher Entsch. über die Wirksamkeit des Hauptvertrages nur dann bindend unterworfen haben, wenn das gültig abgeschlossene Schiedsabkommen nach dem Willen der Vertragschließenden in seinem Bestande von dem des Hauptvertrages unabhängig sein sollte. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt. Die Eigenart des Streitfalles besteht darin, daß nicht nur der Kl. das Zustandekommen einer verbindlichen Schiedsklausel bestreitet, sondern auch die Bekl. das Bestehen irgendwelcher vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien geleugnet, insbesondere in Abrede gestellt haben, daß der Inhalt der von ihnen als Entwurf bezeichneten Urkunde, aus der sie die Einrede des Schiedsvertrages herleiten, Gegenstand eines Vertrages geworden sei. Nach der Klagebegründung war unzweifelhaft das angerufene LG. zur Entsch. des Streites der Parteien berufen. Während die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Gerichte zu den von Amts wegen zu berücksichtigenden Prozeßvoraussetzungen gehört, im Bestreitungsfall also grundsätzlich vom Kl. zu beweisen ist (RG.: VerZivSen. 70, 180 [185]; Jonas, 15. Aufl. 1934, Bem. IX zu § 1, Vorbem. IV u. V zu § 12 ZPO.), bildet der wirksam abgeschlossene Schiedsvertrag nur ein Prozeßhindernis, das von dem Bekl. durch ein echtes prozessuales Einrederecht geltend zu machen und demgemäß von Amts wegen nicht zu beachten ist. Die Voraussetzungen des Einrederechts, das Bestehen eines den Rechtsstreit erfassenden Schiedsvertrages sind daher von dem Bekl. darzulegen und im Falle des Bestreitens zu beweisen (vgl. Jonas, Bem. I Ziff. 2, Bem. III Nr. 3 zu § 274 ZPO.). Die Vorinstanzen haben aber mit dem Abschluß des Hauptvertrages zugleich auch die Frage offengelassen, ob ein die Parteien zur schiedsrichterlichen Entsch. verpflichtendes Abkommen besteht, obgleich auch dies streitig gewesen ist. Sie lassen es bei der theoretischen Betrachtung bewenden, daß sich aus § 19 des Vertrages, sofern er durch Einigung aller Beteiligten abgeschlossen worden sei, ein Schiedsabkommen ergebe. Der Berufungsrichter insbesondere beschränkt sich auf die Überlegung, daß formell nach § 1027 ZPO. gegen die Vertragsbestimmung des § 19 nichts einzuwenden sei, ohne

die Kernfrage, ob denn alle Beteiligten ihr Einverständnis mit der Überweisung aller Streitigkeiten an ein Schiedsgericht bindend erklärt haben, überhaupt zu berühren. Übersehen ist dabei zunächst, daß Prozeßabweisung auf Grund der Einrede des Schiedsvertrages nur eintreten kann, wenn das Zustandekommen eines die Entsch. des Streites durch das Staatsgericht wirksam ausschließenden Schiedsvertrages festgestellt worden ist, das einredeweise geltend gemachte Prozeßhindernis also auch wirklich besteht. Ebensowenig wie der Klage stattgegeben werden könnte, ohne daß die Berechtigung der Klageansprüche festgestellt werde, kann der Einrede des Schiedsvertrages durch Abweisung der Klage Folge gegeben werden, wenn offen bleibt, ob die Bekl. das Recht haben, Entsch. des Rechtsstreits durch ein Schiedsgericht zu verlangen. Nach der Rspr. des RG. wird durch ein unanfechtbar gewordenes Urteil, das die Klage auf Grund der Einrede des Schiedsvertrages abweist, Rechtskraft in dem Sinne geschaffen, daß nunmehr zwischen den Parteien feststeht, daß die Entsch. ihres Streites auf Grund eines wirksamen Schiedsvertrages durch ein Schiedsgericht zu erfolgen habe (RGZ. 40, 401 ff.; RArbG. 12, 116; Jonas, Bem. IV Anm. 60 zu § 322 ZPO.). Auch dies bestätigt, daß Abweisung der Klage auf Grund der Einrede des Schiedsvertrages nicht möglich ist, wenn der Abschluß des Schiedsvertrages dahingestellt bleibt. Es ist aber nicht einmal richtig, daß nach der Darstellung des Kl. die den Klagegrund bildenden und die der Einrede des Schiedsvertrages zugrunde liegenden Tatsachen notwendig zusammenträfen. Gegenüber dem Bestreiten der Bekl., daß ein Vertrag des aus der vorgelegten Urkunde ersichtlichen Inhalts zustande gekommen sei, hat sich der Kl. darauf berufen, daß die Parteien 1½ Jahre nach den darin niedergelegten Bedingungen gearbeitet hätten. Dieses Vorbringen enthält zwar die Behauptung, daß die Beteiligten sich nachträglich über den sachlichen Inhalt des Vertrages geeinigt hätten, aber es ergibt sich daraus nicht ohne weiteres, daß dies auch für die Abreden über die Beilegung von Streitigkeiten zutreffen soll. Auch diese Klagebegründung haben die Bekl. bestritten. Hiernach zeigt der Streitfall noch in anderer Hinsicht eine vom Berufungsrichter ebenfalls übersehene Besonderheit. Die Bekl. haben, obwohl sie den Abschluß einer den Rechtsstreit der Parteien umfassenden Schiedsabrede darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen haben, das Zustandekommen des Vertrages, aus dem sie die Einrede des Schiedsvertrages herleiten, bestritten. Ebensowenig wie der Klage selbst bei Säumnis der Bekl. stattgegeben werden könnte, wenn das Klagevorbringen den Klageanspruch nicht rechtfertigt, können sich die Bekl. mit Erfolg der Einrede des Schiedsvertrages bedienen, wenn ihre Verteidigung darauf abzielt, daß überhaupt keine vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien beständen, daß insbesondere auch der Vertrag, der allenfalls die Rechtsgrundlage der Einrede bilden könnte, nicht abgeschlossen worden sei. Die Bekl. haben somit der Einrede des Schiedsvertrages durch ihre Einlassung selbst den Boden entzogen (vgl. Sydow-Busch-Krantz, 21. Aufl., Anm. 4 zu § 274 ZPO.). Hilfsweise, nämlich für den Fall, daß das Gericht entgegen der Sachdarstellung der Bekl. zu dem Ergebnisse kommen werde, daß mit dem die Schiedsklausel enthaltenden Vertrage auch diese selbst vereinbart worden sei, kann die Einrede des Schiedsvertrages ihrem Wesen nach nicht erhoben werden. Es kann zwar, wie bereits ausgeführt, die Entsch. über die Wirksamkeit des Hauptvertrages dem Schiedsgericht übertragen werden. Indessen ist in einem solchen Falle notwendig, daß alle Beteiligten unabhängig von der Wirksamkeit des Hauptvertrages ihr Einverständnis mit der Entsch. der damit zusammenhängenden Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht erklärt haben. Das eigene Vorbringen der Bekl., daß die vom Kl. vorgelegte Urkunde in allen Teilen nur ein Entwurf sei, der nach Verweigerung der Unterschrift duch den Kaufmann St. mangels Einigung der Beteiligten nicht zum Abschluß des Vertrages geführt habe, schließt eine solche Annahme aus. Da sie ihren Sachvortrag gegen sich gelten lassen müssen, soweit er das Recht begründen soll, Entsch. des Rechtsstreits durch ein Schiedsgericht zu verlangen, können sie mit der Einrede des Schiedsvertrages nicht gehört werden.

Auch wenn man von den bereits erörterten Bedenken absehen und zugunsten der Bekl. unterstellen würde, daß die vorgelegte Urkunde nicht bloßer Entwurf geblieben, sondern ein Vertrag des daraus ersichtlichen Inhalts zustande gekommen sei, würde das Ergebnis dasselbe sein. Mit Recht bemängelt die Revisionsbegründung, daß der Berufungsrichter den Inhalt des § 19 der Vertragsurkunde nicht näher erörtert und insbesondere seinen Zusammenhalt mit § 20 der Urkunde nicht beachtet habe. In § 19 ist von der Beilegung von Streitigkeiten die Rede, die sich aus dem durch den Vertrag begründeten, als „Arbeitsgemeinschaft“ bezeichneten gesellschaftlichen Verhältnis der Beteiligten ergeben würden. Grundsätzlich wird die Erwartung ausgesprochen, daß diese Streitigkeiten unter Ausschluß des Rechtsweges durch gütliche Verständigung geregelt würden. Wenn weiter gesagt ist, daß die Regelung gegebenenfalls auch schiedsrichterlich erfolgen solle, so kann daraus nicht mit der erforderlichen Klarheit auf den Willen der Beteiligten geschlossen werden, sich bei Erfolglosigkeit eines Verständigungsversuchs für alle Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis und darüber hinaus auch für die Frage der Wirksamkeit des ihm zugrunde liegenden Vertrages bindend schiedsrichterlicher Entsch. zu unterwerfen. Die unbestimmte Fassung des § 19 spricht gegen eine solche Annahme. Es kommt hinzu, daß § 20 nebeneinander den Gerichtsstand sowohl für den Fall eines Rechtsstreits als auch für den Fall eines schiedsgerichtlichen Verfahrens bestimmt. Mag auch der Kl. sich auf diese Bestimmung in den Vorinstanzen nicht besonders berufen haben, so hätte sie doch der Berufungsrichter mit Rücksicht auf ihren offensichtlich vorhandenen engen Zusammenhang mit den Abreden über die Beilegung von Streitigkeiten gleichwohl nicht übergehen dürfen. Sie setzt die Möglichkeit einer Anrufung des staatlichen Gerichts voraus und kann nach ihrer allgemeinen Fassung entgegen dem von den Bekl. in der mündlichen Verhandlung vor dem RevG. unternommenen Auslegungsversuch nicht auf solche gerichtlichen Entsch. beschränkt werden, die im Zusammenhang mit dem schiedsgerichtlichen Verfahren notwendig werden. Es ergibt sich vielmehr aus ihr ein weiterer Beleg dafür, daß die Einsetzung eines Schiedsgerichts nur in Aussicht genommen und nicht bindend unter Ausschluß der staatlichen Gerichtsbarkeit gewollt war. Tatsachen, die eine andere Auslegung rechtfertigen könnten, haben die darlegungspflichtigen Bekl. nicht vorgetragen.

(RG., I. ZivSen., U. v. 23. Sept. 1938, I 1/38.)

Anmerkung: Die Entsch. bringt keine Abweichungen von der bisherigen Rspr. Sie verdient dennoch hervorgehoben zu werden, weil sie ältere Rechtssätze erneut bestätigt und wegen der Prägnanz, mit der sie die prozessuale Bedeutung und Behandlung der Schiedsgerichtsklausel herausarbeitet.

Die vom BG. mißverstandenen Entsch. des RG. bei WarnRspr. 1910 Nr. 80 und 298 werden erläutert und erneut bestätigt (vgl. auch WarnRspr. 1919 Nr. 201): Werden klageweise Tatsachen behauptet, aus denen sich die Ungültigkeit des Hauptvertrages und damit zugleich des Schiedsabkommens ergibt, so genügt dies zur Anrufung der staatlichen Gerichte, weil Kompetenzbegründung und Klagebegründung zusammenfallen und deshalb eine Entsch. in der Hauptsache selbst notwendig ist.

Weiterhin wird entsprechend der bisherigen Rspr. erneut betont, daß ein Urteil, welches rechtskräftig die Klage auf Grund der Einrede des Schiedsvertrages abweist, zwischen den Parteien rechtskräftig klarstellt, daß die Entsch. durch ein Schiedsgericht geboten ist.

Endlich wird erneut die Rspr. bestätigt, die Schiedsverträge zuläßt, welche vom Bestande des Hauptvertrages unabhängig, nach dem Willen der Parteien auch die Entsch. über die Gültigkeit des Hauptvertrages selber einem Schiedsgericht zuweisen. Das Urteil hat dies klar und scharf dahin ausgedrückt, daß sich die Parteien der schiedsrichterlichen Entsch. über die Wirksamkeit des Hauptvertrages nur dann bindend unterwerfen können, wenn das gültig abgeschlossene Schiedsabkommen nach dem Willen der Vertragschließenden in seinem Bestande von dem des Hauptvertrages unabhängig sein sollte.

Neben diesen immerhin wichtigen Wiederholungen frü-

herer Rechtserkenntnisse, zu denen der Fall Anlaß bot, liegt das Bedeutsame der Entsch. in der klaren prozessualen Entwicklung des Rechtsstreites. Unberücksichtigt gelassen hatten die Vorinstanzen offenbar, daß die dem Klagegrund und die der Einrede des Schiedsvertrages zugrunde liegenden Tatsachen nicht völlig zusammenfielen; denn die Klage war auch darauf gestützt, daß sich mindestens durch das 1½ Jahre lange Zusammenarbeiten der Parteien ein Abkommen ergeben habe, dem eine Schiedsabrede nicht ohne weiteres innewohnte. Der Punkt ist für die Entsch. selbst nicht unwesentlich. Das Interessante der Entsch. liegt aber in folgendem: Der Kl. stützt sich in erster Linie auf einen formulierten Vertrag, der eine zwar äußerst unklar gehaltene Klausel enthält, die vom LG. und OLG. als Schiedsklausel gewertet wird. Der Kl., dem das RG. am Schlusse seiner Ausführungen darin beitritt, legt die Klausel anders aus und leugnet das Zustandekommen eines Schiedsvertrages. Die Bekl. wiederum bestreiten zwar vertragliche Beziehungen zum Kl., berufen sich aber hilfsweise, d. h. für den Fall, daß das Gericht anderer Auffassung sein sollte, auf die Schiedsklausel und erheben die Einrede des Schiedsvertrages nach § 274 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO.

Entsprechend ihrer Auslegung der Schiedsklausel haben die Vorinstanzen gefolgert, daß die Klagebegründung, d. h. die Behauptung des zustandegekommenen Vertrages, dessen Bestandteil die Klausel des § 19 sei, von dem Zugeständnis eines Schiedsvertrages nicht zu trennen sei, daß jedenfalls der Klagevortrag die rechtliche Schlußfolgerung des Schiedsvertrages ergebe. Die Begründung hat — abgesehen von der oben erwähnten Feststellung des RG., daß der Tatbestand nur unvollständig gewertet worden ist und abgesehen davon, welche Auslegung man der Schiedsklausel geben will — etwas Bestechendes. Sie scheint sich an den in ständiger Rspr. festgehaltenen Grundsatz anzuschließen, daß jede Partei die von ihr vorgetragenen Tatsachen gegen sich gelten lassen muß.

Hiergegen hat das RG. darauf hingewiesen, daß die Schiedsdklausel nur als prozeßhindernde Einrede zu werten und zu behandeln ist, d. h. daß der Bekl. für die Berechtigung dieser Einrede beweispflichtig ist, wenn der Kl. sie abstreitet. Die Vorinstanzen haben übersehen, daß gerade infolge des Vorbringens des Bekl. der Hauptvertrag umstritten und daß deshalb auch das Vorhandensein eines Schiedsvertrages nicht bewiesen war, daß auch dieser Beweis nicht durch die theoretischen Betrachtungen des OLG. ersetzt werden konnte. Das RG. betont, die Einrede des Schiedsvertrages könne ihrem Wesen nach nicht hilfsweise erfolgen, nämlich für den Fall, daß das Gericht entgegen der Sachdarstellung des Bekl. zu dem Ergebnis kommen werde, daß mit dem die Schiedsklausel enthaltenden Vertrage auch diese selbst vereinbart worden sei, wenn nicht feststeht, daß alle Beteiligten unabhängig von der Wirksamkeit des Hauptvertrages ihr Einverständnis mit der Entsch. der damit zusammenhängenden Streitigkeiten durch das Schiedsgericht erklärt haben. Dieser Annahme aber steht das eigene Vorbringen des Bekl. entgegen. Die Ausführungen des RG. sind klar und folgerichtig.

Der Rechtsstreit, der mit großem Scharfsinn behandelt ist, beweist abermals, zu welchen unerfreulichen Folgen Schiedsabreden führen können. Man soll es nicht, wie es gern geschieht, der Justiz zur Last legen, wenn allein unbeholfene Abmachungen der Parteien dazu führen, daß elf Richter und vier bis sechs Anwälte nur über Zuständigkeitsfragen komplizierte Erörterungen anstellen müssen und wenn dabei viel Zeit und Geld verlorengeht, ehe überhaupt in den sachlichen Rechtsstreit selbst eingestiegen werden kann. Fälle, wie dieser, verleiten leicht zu der Ansicht, daß Gerichte und Anwälte noch heute im juristischen Begriffshimmel schwelgen, während tatsächlich nur unklare Verträge des Publikums selbst und die unselige Schiedsgerichtsklausel den unerquicklichen Kompetenzstreit heraufbeschworen haben.

RA. Steffen, Berlin.

*

**** 32. RG. — 1. §§ 302 Abs. 4, 538 Nr. 3 ZPO. Hat das BG. unter Vorbehalt der vom Bekl. geltend gemachten Aufrechnung den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache zur Entscheidung über die Höhe des Anspruchs an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen, dann hat dieses Gericht bei seiner Entscheidung die beim BG. anhängig gebliebene Aufrechnungsfrage auszuschalten.**

2. §§ 302, 318 ZPO. Zur Frage, ob das Gericht, das dem Klageantrag unter Vorbehalt der vom Bekl. geltend gemachten Aufrechnung stattgegeben hat, im Nachverfahren davon ausgehen muß, daß die Aufrechnung zulässig ist.

Der Kl. hatte in der Strafanstalt W. einen Unfall. Wegen der dabei erlittenen Verletzungen seines Körpers macht er das Deutsche Reich schadensersatzpflichtig. Den Klaganträgen stattgebend, erließ das LG. ein Teil- und Zwischenurteil, das die Schadensersatzpflicht des Bekl. für allen dem Kl. bereits entstandenen und künftig noch entstehenden Schaden feststellte und den Anspruch des Kl. auf ein angemessenes Schmerzensgeld dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärte. Im zweiten Rechtszuge erweiterte der Kl. seine Anträge, indem er auch noch begehrte, daß der Bekl. ihn befreie von einer Forderung, die dem Bezirksfürsorgeverband aus Aufwendungen anläßlich des Unfalls erwachsen war. Der Bekl. rechnete nunmehr hilfsweise gegenüber einer etwa begründeten Schadensersatzforderung des Kl. mit einem Zahlungsanspruch aus der Strafvollstreckung auf.

Das BG. erkannte am 24. Mai 1937 dahin:

1. Der neu erhobene Befreiungsanspruch des Kl. wurde dem Grunde nach zu ¾ für gerechtfertigt erklärt.

2. Es wurde festgestellt, daß der Bekl. dem Kl. ¾ alles weiteren schon entstandenen oder noch entstehenden Schadens zu ersetzen habe, soweit die Ansprüche des Kl. nicht auf den Träger der Arbeitslosenversicherung übergegangen seien.

3. Der Schmerzensgeldanspruch wurde dem Grunde nach zu ¾ für gerechtfertigt erklärt.

4. Im übrigen wurde die Klage abgewiesen.

5. Das Urteil erging unter Vorbehalt der Entscheidung über die vom Bekl. geltend gemachte Aufrechnung mit der Gegenforderung aus der Strafvollstreckung.

6. Zur weiteren Verhandlung und Entscheidung über den Betrag der Ansprüche zu 1 und 3 und über die Prozeßkosten wurde der Rechtsstreit an das LG. zurückverwiesen.

Der Rechtsstreit teilte sich nunmehr:

A. in das Nachverfahren über die Aufrechnung gem. § 302 Abs. 4 ZPO. vor dem BG.,

B. in das Betragsverfahren gem. § 538 Ziff. 3 ZPO. vor dem LG.

Zunächst sprach im Verfahren B das LG. durch Endurteil v. 2. Nov. 1937 dem Kl. ein Schmerzensgeld von 1200 *RM* zu. Es ging dabei davon aus, daß der Aufrechnungsvorbehalt in Ziff. 5 des BU. v. 24. Mai 1937 sich nur auf den Befreiungsanspruch in Ziff. 1 beziehe, den Schmerzensgeldanspruch in Ziff. 3 aber nicht berühre. Unter Mißbilligung dieser Auffassung wies im Verfahren A das BG. durch Teilurteil v. 2. März 1938 den Schmerzensgeldanspruch als durch die Aufrechnung des Bekl. getilgt ab. Durch Urt. v. 16. Mai 1938 wies das BG. ebenfalls im Verfahren A den Befreiungsanspruch aus Ziffer 1 des Urt. v. 24. Mai 1937 als durch die Aufrechnung des Bekl. getilgt ab, hob aber den Aufrechnungsvorbehalt der Ziff. 5 bzgl. des in Ziff. 2 festgestellten Anspruchs auf, weil diesem Anspruch gegenüber eine Aufrechnung unzulässig sei.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Rev. des Bekl. mit dem Antrag, den Aufrechnungsvorbehalt in Ziff. 5 des Urt. v. 24. Mai 1937 gegenüber dem dort in Ziff. 2 festgestellten Anspruch wiederherzustellen und kraft der Aufrechnung auch diesen Anspruch abzuweisen.

Die Rev. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

1. Mit der Rev. ist davon auszugehen, daß der Aufrechnungsvorbehalt in Ziff. 5 des Urt. v. 24. Mai 1937 sich

auch auf den dort in Ziff. 2 festgestellten Anspruch bezog. Zwar enthielten die Urteilsgründe zur Erläuterung des Vorbehalts lediglich die Bemerkung, die Aufrechnung des Bekl. berühre den Grund des Klageanspruchs zu 1, und deshalb sei das Urt. gem. § 302 ZPO. mit dem Aufrechnungsvorbehalt versehen. Wenn aber das LG. im Urt. v. 2. Nov. 1937 aus jener Bemerkung des BG. folgern wollte, der Aufrechnungsvorbehalt habe sich nur auf die Ziff. 1, nicht auf die Ziff. 2 und 3 des Vorbehaltsurteils bezogen, so ist dieser Auslegung der Ziff. 5 um so weniger beizutreten, als das LG. bei der ihm gem. § 538 Nr. 3 ZPO. übertragenen und von ihm vorgenommenen Prüfung der Höhe des Schmerzensgeldes die beim BG. anhängig gebliebene und allein von ihm zu entscheidende Aufrechnungsfrage auszuschalten hatte (§ 302 Abs. 4 Satz 1 ZPO.; vgl. Jonas, 16. Aufl., Bd. 1 § 302 Anm. IV 1; Seuffert-Walsmann, 12. Aufl., Bd. 1 § 302 Anm. 5b). Bereits im Urt. v. 2. März 1938 hat das BG. die Tragweite des Aufrechnungsvorbehalts dahin klargestellt, daß er sich nicht bloß auf die Ziff. 1 erstrecken, sondern die Ziff. 1 bis 3 des Urt. v. 24. Mai 1937 umfassen sollte, und daß es sich bei der von der Formel dieses Urteils abweichenden Bemerkung in den Entscheidungsgründen nur um einen offenbaren Schreibfehler gehandelt habe, der nicht einmal einer förmlichen Berichtigung bedürfe. Der Kl. selbst hat dieser Abgrenzung der Tragweite des Aufrechnungsvorbehalts nicht widersprochen. Es sind daher keine Rechtsbedenken dagegen zu erheben, daß das BG. nunmehr in der Formel und in den Gründen des angefochtenen Urt. vom 16. Mai 1938 noch einmal die schon im Urt. v. 2. März 1938 niedergelegte Auffassung über die Tragweite des Aufrechnungsvorbehalts in Ziff. 5 des Urt. v. 24. Mai 1937 zum Ausdruck gebracht hat. Auch die Parteien sind in der Revisionsverhandlung übereinstimmend von dieser Auffassung ausgegangen.

2. Nicht zuzustimmen ist aber der Ansicht der Rev., das BG. sei durch § 318 ZPO. gehindert gewesen, im Nachverfahren des § 302 Abs. 4 ZPO. die Frage der Zulässigkeit einer Aufrechnung gegenüber dem in Nr. 2 der Urteilsformel v. 24. Mai 1937 festgestellten Anspruch zu prüfen und für den Fall, daß sich die Unzulässigkeit der Aufrechnung herausstellte, den Vorbehalt in Ziff. 5 dieser Formel zu beseitigen. Zwar wird mit den Erläuterungsbüchern (Jonas, § 302 Anm. II 3; Seuffert-Walsmann, § 302 Anm. 2b; Baumbach, 14. Aufl., § 302 Anm. 1c) davon auszugehen sein, daß regelmäßig der Prozeßrichter, der ein Vorbehaltsurteil nach § 302 Abs. 1 ZPO. erlassen will, zuvor die Zulässigkeit der geltend gemachten Aufrechnung prüfen und vorbehaltlos erkennen muß, wenn er die Aufrechnung für unzulässig hält. Einen gewissen Anhalt für diese Ansicht wird man schon der Gesetzesfassung, insbes. dem Wörtchen „nur“ in § 302 Abs. 1 ZPO., entnehmen können. Jedenfalls aber ergibt sich aus der Natur der Sache, daß ein Aufrechnungsvorbehalt außer Betracht bleiben muß, wenn sich die geltend gemachte Aufrechnung von vornherein als unzulässig herausstellt. Hier nun liegt indessen die Sache insofern eigenartig, als gerade die Zulässigkeit einer Aufrechnung gegenüber dem Anspruch 2 des Urt. v. 24. Mai 1937 schon beim Erlaß dieses Urteils rechtlich zweifelhaft war und auch später zweifelhaft geblieben ist. Diese Frage war nicht nur im Verfahren vor dem BG. zwischen den Parteien streitig, sondern ist auch jetzt noch nicht restlos geklärt: Das BG. hat sie verneint; die Rev. wünscht sie bejaht zu sehen; auch für das RG. ist sie, wie weiter unten darzulegen sein wird, noch nicht spruchreif. Ob das Gesetz auch in einem solchen Falle die Entsch. über die Zulässigkeit der Aufrechnung schon in das mit dem Vorbehaltsurteil aus § 302 Abs. 1 ZPO. endende Vorverfahren und nicht erst in das nach § 302 Abs. 4 sich anschließende Nachverfahren verlegen wollte, ist keineswegs sicher, braucht aber auch im vorliegenden Falle nicht entschieden zu werden. Denn selbst wenn man mit der Rev. die Ansicht vertritt, das BG. hätte die Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung schon beim Erlaß des Urt. v. 24. Mai 1937 prüfen und entscheiden müssen, so folgt daraus noch nicht, daß es sie tatsächlich geprüft und entschieden hat und so durch den Erlaß des Vorbehaltsurteils eine Bindung nach § 318 ZPO. i. S. der Zulässigkeit der Aufrechnung eingegangen ist. Schon die Gründe des Urt. v. 24. Mai 1937 lassen schweigend erkennen, daß das Gericht diese Frage damals nicht erwogen hat, und die Gründe des Urt. v. 16. Mai 1938 stellen jetzt sogar ausdrücklich klar, daß das BG. im Vorbehaltsurteil v. 24. Mai 1937 zwar keinen der unter Ziff. 1 bis 3 der Urteilsformel erwähnten Ansprüche von der Aufrechnung ausschließen, aber auch für keinen die Zulässigkeit der Aufrechnung bereits bejahen wollte. Bei dieser Sachlage muß festgestellt werden, daß eine das Gericht in Zukunft bindende Entsch. über die Zulässigkeit der Aufrechnung gegenüber diesem oder jenem Klageanspruch in der Ziff. 5 der Urteilsformel v. 24. Mai 1937 nicht enthalten war. Denn grundsätzlich geht die Bindung nach § 318 ZPO. nicht weiter, als das dem aus Urteilsformel und Urteilsgründen zu ermittelnden Willen des entscheidenden Gerichts entspricht (RGZ. 132, 20 = JW. 1931, 2488[15] [m. Anm.]). Die von der Rev. erwähnte Bemerkung des Erläuterungsbuchs von Seuffert-Walsmann (§ 302 Anm. 5c), daß mit dem Erlaß des Urt. aus § 302 Abs. 1 ZPO. die Zulässigkeit der Aufrechnung feststehe, knüpft an die (in Anm. 2b) vorausgehende Bemerkung an, nach der das Gericht schon beim Erlaß des Vorbehaltsurteils die Zulässigkeit der Aufrechnung zu prüfen und im Falle ihrer Verneinung von dem Vorbehalt abzusehen hat. Ist so verfahren worden und hat somit das Gericht erkennbar durch den Erlaß des Vorbehaltsurteils die Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung in bejahendem Sinne entschieden, so wird es später im Nachverfahren die Zulässigkeit der Aufrechnung nicht mehr leugnen dürfen, auch wenn es dann vielleicht Neigung hierzu verspüren sollte. Ist aber das Gericht — sei es mit Recht oder mit Unrecht — anders verfahren und hat den Vorbehalt aus § 302 Abs. 1 ZPO. erweislich ohne Prüfung der Frage nach der Zulässigkeit der Aufrechnung gemacht, so geht es nicht an, allein aus der Tatsache des gemachten Vorbehalts eine im Nachverfahren für das Gericht unabänderliche Entsch. der Zulässigkeitsfrage i. S. ihrer Bejahung zu entnehmen. Die von der Rev. vertretene Gegenmeinung würde nicht nur prozeßrechtlich dem Gericht und seinem für die Bindung aus § 318 ZPO. maßgeblichen Entscheidungswillen Gewalt antun, sondern könnte auch zu dem sachlich-rechtlich nicht vertretbaren Ergebnis führen, daß eine unzulässige Aufrechnung ohne jede wirkliche richterliche Prüfung und Entsch. der Zulässigkeitsfrage schon kraft eines lediglich um der Beschleunigung des Rechtsstreits willen zugelassenen „Vorbehalts der Entscheidung“ zulässig geworden wäre. Hiernach ergibt sich folgendes: Das BG. mag vielleicht, als es das Vorbehaltsurteil v. 24. Mai 1937 ohne jede Prüfung der Frage, ob die Aufrechnung des Bekl. gegenüber den einzelnen Ansprüchen des Kl. zulässig sei, ergehen ließ, gegen § 302 Abs. 1 ZPO. verstoßen haben. Dieser Verstoß beschwert aber keinesfalls den Bekl., zu dessen Gunsten der Vorbehalt aufgenommen war und der ihn jetzt wiederhergestellt sehen möchte. Eine Bindung nach § 318 ZPO., die im Nachverfahren des § 302 Abs. 4 ZPO. eine Prüfung jener Frage und gegebenenfalls ihre Verneinung ausgeschlossen hätte, war das BG. durch das Urt. v. 24. Mai 1937 nicht eingegangen. Kam es also im Nachverfahren zu der Überzeugung, daß die Aufrechnung unzulässig sei, so durfte es den Vorbehalt streichen und den Bekl. vorbehaltlos verurteilen. Denn der Sinn und Zweck des Nachverfahrens besteht ja gerade darin, aus dem vorbehalt-belasteten Urteil ein vorbehaltloses, sei es i. S. der glatten Verurteilung, sei es i. S. der Klagabweisung unter Aufhebung des Vorbehalts, zu machen.

Die Entsch. hängt mithin davon ab, ob die Aufrechnung des Bekl. gegen den Klaganspruch in Ziff. 2 der Urteilsformel v. 24. Mai 1937 zulässig ist oder nicht.

Diese Frage war hinsichtlich des bereits entstandenen Schadens zu bejahen (wird ausgeführt).

(RG., V. ZivSen., U. v. 3. Okt. 1938, V 131/38.) [N.]

Reichsarbeitsgericht

**** 33. 7. Anordnung zur Durchführung des Vierjahresplans v. 22. Dez. 1936. Eine unberechtigte vorzeitige Lösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeiter oder Angestellten i. S. der Anordnung ist auch dann anzunehmen, wenn ein Arbeiter oder Angestellter durch gewollt vertragswidriges Verhalten absichtlich seine fristlose Entlassung herbeiführt. †)**

Mit der vom Bekl. zur Rechtfertigung der Zurückbehaltung des Arbeitsbuchs des Kl. herangezogenen 7. Anordnung zur Durchführung des Vierjahresplans v. 22. Dez. 1936 (DRAnz. Nr. 299) ist bestimmt worden, daß wie in gewissen Industrien auch in der Landwirtschaft der Unternehmer bei einer unberechtigten vorzeitigen Lösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeiter oder Angestellten das Arbeitsbuch bis zu dem Zeitpunkt zurückbehalten kann, in welchem die Beschäftigung im Falle einer ordnungsmäßigen Lösung des Arbeitsverhältnisses endigen würde. Die beiden Vordergerichte nehmen an, diese Bestimmung könne nach ihrem Wortlaut nur dahin ausgelegt werden, daß der Unternehmer „nur bei Kontraktbruch des Arbeiters" das Arbeitsbuch zurückbehalten dürfe, nicht aber, wenn der Arbeiter sich etwas zuschulden kommen lasse und aus diesem Grunde vom Unternehmer fristlos entlassen werde, und daß eine Zurückbehaltung des Arbeitsbuches auch dann nicht zulässig sei, wenn der Arbeiter seine fristlose Entlassung selbst herbeigeführt habe, um den Arbeitsplatz wechseln zu können. Doch kann unter „unberechtigter vorzeitiger Lösung des Arbeitsverhältnisses" hier nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Rechtssinne, nämlich des Arbeitsvertragsverhältnisses, gemeint sein, da dieses durch unberechtigtes Verlassen des Arbeitsplatzes durch den Arbeiter oder Angestellten keineswegs ohne weiteres gelöst wird. Es kann daher nicht darauf ankommen, ob und in welcher Weise das Arbeits*vertrags*verhältnis rechtlich gelöst worden ist, sondern darauf, ob und unter welchen Umständen das Arbeitsverhältnis *tatsächlich* zu Ende gekommen ist. Der Begriff „Arbeitsverhältnis" muß also in diesem Sinne eine tatsächliche Bedeutung haben, anders als wenn die Anordnung von einer „ordnungsgemäßen Lösung des Arbeitsverhältnisses" spricht. Denn diese kann nur durch eine vertragsmäßige oder besonders vereinbarte oder den bestehenden gesetzlichen oder tariflichen Vorschriften entsprechende Beendigung des Arbeitsvertrags erfolgen.

Allerdings wird, wie den Vorderrichtern zuzugeben ist, als Zweck der Anordnung in ihrem Vorspruch nur angeführt, es sei sicherzustellen, daß der Arbeiter oder Angestellte seinen Arbeitsplatz nur nach ordnungsmäßiger Lösung des Arbeits- (Vertrags-) Verhältnisses verläßt. Es wäre aber eine an der Wortfassung hängende Betrachtungsweise, wollte man daraus folgern, daß mit der Anordnung nur die Fälle der vorzeitigen vertragswidrigen Beendigung des tatsächlichen Beschäftigungsverhältnisses durch Verlassen des Arbeitsplatzes getroffen werden sollten. Wie außer jedem Zweifel steht, soll die Anordnung Arbeiter und Angestellte in der Landwirtschaft und in den näher bezeichneten Industrien daran hindern, die sich ihnen wegen des herrschenden Mangels an Arbeitskräften durch Wechsel des Betriebes bietende Gelegenheit zur Verbesserung ihrer Lohn- oder Gehaltsverhältnisse durch eigenmächtiges vorzeitiges und vertragswidriges Verlassen des Arbeitsplatzes rücksichtslos auszunutzen. Ihren tieferen Grund hat die Anordnung darin, daß diesen Industrien, aber gerade auch der Landwirtschaft im Interesse der Erfüllung der ihnen im Rahmen des Vierjahresplans gestellten Aufgaben, wozu bei der Landwirtschaft insbes. die Sicherstellung der Ernährung des deutschen Volkes gehört, die erforderlichen Arbeitskräfte erhalten bleiben müssen. Das soll durch die dem Unternehmer (Betriebsführer) erteilte Ermächtigung zur Einbehaltung des Arbeitsbuches erreicht werden, die zur Folge hat, daß der Arbeiter oder Angestellte von dem ihm günstigere Arbeitsbedingungen bietenden Unternehmer (Betriebsführer) so lange nicht beschäftigt werden darf, bis der Arbeiter oder Angestellte wieder im Besitze seines Arbeitsbuches ist (Ges. über die Einführung des Arbeitsbuches v. 26. Febr. 1935 [RGBl. I, 311] i. Verb. m. der 5. DurchfVO. dazu v. 7. Aug. 1936 [RGBl. I, 632]), und daß demgemäß der Anreiz, die Arbeiter oder Angestellten eines Unternehmens durch Gewährung höheren Lohns oder sonstiger günstigerer Arbeitsbedingungen zum vertragswidrigen Verlassen ihrer Arbeitsplätze zu verleiten, für andere Unternehmer (Betriebsführer) entfällt oder doch erheblich herabgemindert wird, da sie regelmäßig ein Interesse an der alsbaldigen Arbeitsaufnahme durch den Arbeiter oder Angestellten haben. Der Zweck der Anordnung würde vereitelt werden können, wenn der Arbeiter oder Angestellte, der wegen sich bietender günstigerer Arbeitsbedingungen seinen Arbeitsplatz vorzeitig, d. h. vor einer ordnungsmäßigen Lösung des Arbeitsvertrages, wechseln möchte, durch beharrliche Arbeitsverweigerung oder sonstige Nichterfüllung seiner Vertragspflichten den Betriebsführer, dem, wenn er die Ordnung im Betriebe wahren will, kaum eine andere Möglichkeit bleibt, zum Ausspruch der fristlosen Kündigung geradezu nötigen, dadurch eine vorzeitige, aber „ordnungsmäßige" Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses und des Arbeitsvertrags herbeiführen und sich unter Berufung darauf die Herausgabe seines Arbeitsbuchs und den alsbaldigen Beginn seiner Beschäftigung bei dem neuen, ihm günstigere Arbeitsbedingungen bietenden Unternehmer (Betriebsführer) sichern dürfte. Das für den Erlaß der Anordnung vom 22. Dez. 1936 maßgebende Interesse der Volksgemeinschaft zwingt zu der Folgerung, daß „eine unberechtigte vorzeitige Lösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeiter oder Angestellten" i. S. der Anordnung auch dann anzunehmen ist, wenn ein Arbeiter oder Angestellter durch gewollt vertragswidriges Verhalten ihre Anwendung absichtlich unmöglich zu machen versucht. Nur wenn man diesen letzteren Fall den Fällen gleichbehandelt, in denen der Arbeiter oder Angestellte das Arbeitsverhältnis durch vertragswidriges Verlassen des Arbeitsplatzes vorzeitig beendet, kann die Erreichung des mit der Anordnung letzten Endes verfolgten Zweckes gewährleistet erscheinen.

Bedenken ergeben sich auch nicht aus dem sonstigen Inhalt der Anordnung und können auch nicht aus allgemeinen sozialpolitischen Erwägungen hergeleitet werden. Freilich soll i. S. der Anordnung die Zurückbehaltung des Arbeitsbuches keine Strafmaßnahme gegen den Arbeiter sein; die Anordnung will vielmehr den Arbeiter oder Angestellten durch die ihm im Falle vorzeitigen Verlassens des Arbeitsplatzes drohende Zurückbehaltung geradezu veranlassen, seinen Arbeitsplatz bis zur ordnungsmäßigen Lösung seines Vertragsverhältnisses beizubehalten. Etwas anderes gilt aber auch nicht für den hier in Rede stehenden Fall ihrer ausdehnenden Anwendung. Denn wie dort die drohende Zurückbehaltung des Arbeitsbuches die Wirkung haben soll, den Arbeiter oder Angestellten von dem unberechtigten vorzeitigen Verlassen des Arbeitsplatzes abzuhalten, soll sie hier ihn davon abhalten, durch absichtlich vertragswidriges Verhalten entgegen dem von der Anordnung verfolgten Ziel die vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf dem Wege einer von dem Unternehmer (Betriebsführer) auszusprechenden fristlosen Entlassung zu erzwingen. Daß formell der Unternehmer (Betriebsführer) es ist, der durch die außerordentliche Kündigung die vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses herbeiführt, steht ebensowenig im Wege wie der Umstand, daß die außerordentliche Kündigung, wenn sie gerechtfertigt ist, das Arbeitsvertragsverhältnis wirksam beendet; denn einerseits benutzt bei der hier unterstellten Sachlage in Wirklichkeit der Arbeiter oder Angestellte die durch die Schaffung einer Zwangslage von ihm selbst gewollt herbeigeführte außerordentliche Kündigung seitens des Unternehmers (Betriebsführers) nur als Mittel, um seinen Arbeitsplatz vorzeitig zu verlassen; andererseits aber gibt der die außerordentliche Kündigung aussprechende Unternehmer (Betriebsführer), wenn er das Arbeitsbuch des davon betroffenen Arbeiters oder Angestellten einbehält, damit den Willen kund, daß er unter der Voraussetzung weiteren vertragstreuen Verhaltens des Gefolgsmanns bereit ist, das Arbeitsverhältnis jedenfalls bis zu dem Zeitpunkte fortzusetzen, in dem es durch eine dem Vertrage oder der sonst maßgeblichen Norm entsprechende fristgemäße Kündigung ordnungsmäßig beendet würde oder beendet werden könnte. Würde im einzelnen Falle der Unternehmer (Betriebsführer) eine solche Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ablehnen, so würde allerdings die Einbehaltung des Arbeitsbuchs mit der 7. Anordnung zur Durchführung des Vierjahresplans nicht gerechtfertigt werden können.

Der Gesichtspunkt der Wahrung schutzwürdiger Interessen des Arbeiters oder Angestellten (Gefolgsmannes) kann dieser Auslegung der Anordnung nicht entgegengehalten werden. Denn bei der in Rede stehenden Sachlage kann als solches schutzwürdiges Interesse nur das an der günstigeren Gestaltung des Einkommens und der Verbesserung der Lebensverhältnisse in Betracht kommen. So beachtlich dieses Interesse des Arbeiters und Angestellten sonst sein mag, in Zeiten der Gefahr, wenn es sich um die Erhaltung der Existenz des deutschen Volkes und Staates handelt, muß es hinter dem schutzwürdigeren Interesse der Allgemeinheit zurücktreten.

(RArbG., Urt. v. 21. Sept. 1938, RAG 89/38. — Güstrow.)

Anmerkung: Nach der Überwindung der Arbeitslosigkeit in Deutschland ist neuerdings die „sinnvolle Lenkung der deutschen Arbeitskraft nach den sachlichen Erfordernissen der Volkswirtschaft" (Worte des Führers auf dem Bückeberg 1936) immer mehr in den Vordergrund getreten. Dieser Aufgabe dienen die Anordnungen des

Beauftragten für den Vierjahresplan, die sich mit den verschiedensten Problemen des Arbeitslebens — Facharbeiternachwuchs, Einsatz älterer Angestellter, Sicherung des Bedarfs an Metallarbeitern usw. — befassen und mannigfache Eingriffe in das geltende Arbeitsrecht mit sich bringen.

Es ist nun im Laufe der stürmisch vorwärts drängenden Wirtschaftsentwicklung der jüngsten Zeit namentlich in der Eisen- und Metallwirtschaft bereits ein Mangel an Facharbeitern zutage getreten, und hierbei haben sich unerfreuliche Zustände insofern herausgebildet, als manche Unternehmer in unlauterer Weise durch Lohnüberbietungen und andere Mittel die ihnen fehlenden Arbeitskräfte aus anderen Betrieben herauszuziehen versuchten; auf der anderen Seite ist unter den Landarbeitern vielfach die Neigung aufgetaucht, die Arbeit zur Unzeit zu verlassen, um in der Industrie lohnendere Beschäftigung zu suchen (vgl. die ausführliche Darstellung von Mansfeld: JW. 1937, 1097 ff.). Diesen Übelständen geht die in dem vorliegenden Urteil behandelte 7. Anordnung zur Durchführung des Vierjahresplans v. 22. Dez. 1936 zu Leibe. Sie will „angesichts der für die Durchführung des Vierjahresplans bedeutsamen Aufgaben der Eisen- und Metallwirtschaft, des Baugewerbes, der Ziegelindustrie und der Landwirtschaft und im Interesse eines geregelten Arbeitseinsatzes in diesen Wirtschaftszweigen" besonders sicherstellen, daß Arbeiter oder Angestellte nur nach ordnungsmäßiger Lösung des Arbeitsverhältnisses ihren Arbeitsplatz verlassen können; zu diesem Zweck ist bestimmt, daß in den bezeichneten Industrien und in der Landwirtschaft der Unternehmer „im Fall einer unberechtigten vorzeitigen Lösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeiter oder Angestellten" das Arbeitsbuch bis zu dem Zeitpunkte zurückbehalten kann, in dem die Beschäftigung im Falle einer ordnungsmäßigen Lösung des Arbeitsverhältnisses enden würde. Das bedeutet eine Durchbrechung der Vorschrift des § 5 Abs. 2 der 1. DurchfVO. zum Ges. über die Einführung eines Arbeitsbuches v. 16. Mai 1935 (RGBl. I, 602), wonach der Unternehmer das Arbeitsbuch bei Beendigung der Beschäftigung dem Arbeiter oder Angestellten herauszugeben hat. Da der Gefolgsmann ohne Arbeitsbuch nicht anderwärts beschäftigt werden darf (Ges. v. 26. Febr. 1935 und 5. DurchfVO. dazu v. 7. Aug. 1936), soll er auf diese Weise zur Vertragstreue genötigt werden.

Aus diesem Zweck der Anordnung und aus ihren volkswirtschaftlichen Zielen folgert die vorl. Entsch. mit Recht, daß eine unberechtigte vorzeitige Lösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeiter oder Angestellten hier auch dann angenommen werden muß, wenn der Gefolgsmann absichtlich durch beharrliche Arbeitsverweigerung oder sonstiges grob vertragswidriges Verhalten den Betriebsführer geradezu nötigt, die fristlose Entlassung auszusprechen. Allerdings würde dann der Unternehmer, der von dem Recht der Zurückbehaltung des Arbeitsbuches Gebrauch gemacht hat, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht ablehnen dürfen, wenn der Gefolgsmann sich bereit fände zurückzukehren und das Arbeitsverhältnis wenigstens bis zum ordentlichen Kündigungstermin auszuhalten.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

*

**** 34. § 2 ArbOG.; § 2 OffArbOG. Der Grundsatz der Treue- und Fürsorgepflicht ist nicht unmittelbare Quelle bestimmter Einzelansprüche, hat aber größte Bedeutung für die Ableitung der Rechte und Pflichten der Beteiligten aus den gesetzlichen oder vertraglichen Bedingungen des einzelnen Arbeitsverhältnisses. †)**

Der Kl. war Angestellter der Justizverwaltung beim AG. in M. Er ist am 1. Okt. 1936 aus dem Justizdienst ausgeschieden. Seine Besoldung erfolgte nach dem als TarO. weitergeltenden Preußischen Angestelltentarifvertrag (= PAT.), und zwar nach der Vergütungsgruppe V, wobei bis einschließlich Juni 1936 die Ordnungszahl 4, seit Juli 1936 die Ordnungszahl 5 zugrunde gelegt worden ist.

Am 23. Nov. 1935 war der PAT. durch eine vom Sondertreuhänder für den öffentlichen Dienst erlassene, im RArbBl. 1935, VI 947 veröffentlichte TarO. u. a. dahin geändert worden, daß Angestellte der Vergütungsgruppen III—IX, sofern sie das 26. Lebensjahr vollendet hatten, mindestens den Grundvergütungssatz nach der Ordnungszahl 6 ihrer Vergütungsgruppe erhalten sollten. Diese Vorschrift findet sich unter II der TarO. Dazu war unter III bestimmt:

„Vorstehende Bestimmungen treten mit Wirkung v. 1. Dez. 1935 in Kraft. Auf Angestellte, die vor diesem Zeitpunkt eingestellt wurden, finden die Bestimmungen unter II vom Beginn des Monats an Anwendung, in dem der Angestellte ihre Anwendung beantragt ..."

Von dieser TarO., die auch im PrBesoldBl. 1935 Nr. 44 abgedruckt worden ist, hat der Kl. nach seiner Behauptung erst im August 1936 erfahren, er hat dann erst den zur Erlangung des höheren Gehalts erforderlichen Antrag gestellt, den er seinem Dienst- und Lebensalter nach schon im Dezember 1935 hätte stellen können. Er macht für die verspätete Antragstellung das beklagte Deutsche Reich verantwortlich und fordert als Schadensersatz die Nachzahlung des Unterschieds zwischen dem ihm gezahlten Gehalt und dem Gehalt, das ihm zugestanden hätte, wenn er den Antrag bereits im Dez. 1935 gestellt hätte, für die Monate Dezember 1935 bis einschließlich Juli 1936. Der Unterschiedsbetrag macht insgesamt unstreitig 169,64 RM aus. Der Kl. hat seinen Schadensersatzanspruch u. a. auf die Verletzung einer vertraglichen Fürsorgepflicht gestützt.

Der Kl. glaubt, ohne weiteres auf Grund des § 2 Abs. 2 OffArbOG. einen vertraglichen Anspruch auf Vorlegung des PrBesoldBl., insbes. der die TarO. v. 22. Nov. 1935 enthaltenden Nr. 44 aus dem Jahre 1935 gehabt zu haben. Wenn das BG. das abgelehnt hat, so befindet es sich dabei im Einklang mit der ständigen Rspr. des RArbG., nach welcher der sich aus dem § 2 Abs. 2 ArbOG. ergebende, heute jedes Arbeitsverhältnis beherrschende personenrechtliche Grundsatz der Treue- und Fürsorgepflicht nicht unmittelbar die Quelle bestimmter vermögensrechtlicher Einzelansprüche sein kann (vgl. RArbG. 15, 46 = JW. 1935, 1805; RArbG. 16, 152 = JW. 1936, 1230 [24]; RArbG. 19, 285 = JW. 1938, 2562 [14]). Hieran ist auch weiterhin grundsätzlich festzuhalten. Damit ist aber keineswegs gesagt, daß der in § 2 Abs. 2 ArbOG. und OffArbOG. festgelegte Grundsatz bei der Beurteilung von Einzelansprüchen, die aus einem Arbeitsverhältnis hergeleitet werden, bedeutungslos wäre. Im Gegenteil ist ihm, wie das RArbG. wiederholt betont hat, größte Beachtung beizumessen, wenn es darum geht, die gesetzlichen oder vertraglichen Bedingungen des einzelnen Arbeitsverhältnisses festzulegen und daraus dann Rechte und Pflichten herzuleiten. So hat das RArbG. in der letzterwähnten Entscheidung (RArbG. 19, 281 ff.) gerade im Hinblick auf die gesetzlich begründete Treue- und Fürsorgepflicht und den danach jedes Einzelarbeitsverhältnis beherrschenden Gemeinschaftsgedanken dem ausgeschiedenen Gefolgsmann eines Betriebes einen Ruhegeldanspruch zuerkannt, weil sich innerhalb des Betriebes eine Ordnung dahin herausgebildet hatte, daß die wegen Alters ausscheidenden Gefolgsleute ein Ruhegeld erhielten. Dem damaligen Kl. wurde eben aus dem Gemeinschaftsgedanken heraus ein Recht auf Gleichbehandlung und damit ein Anspruch auf gleiche Leistung eines Ruhegeldes zugebilligt.

Im vorl. Fall sind nun, wie nicht streitig ist, die erscheinenden Besoldungsblätter im allgemeinen regelmäßig allen Angestellten des AG. M. vorgelegt worden. Ein Rechtsanspruch der Justizangestellten auf solche regelmäßige Vorlage aller Besoldungsblätter ohne Rücksicht auf ihren Inhalt ist zweifellos nicht gegeben. Hier kommt es aber darauf an, ob der Bekl. nicht aus dem Gesichtspunkt der Fürsorgepflicht rechtlich verpflichtet ist, seinen Angestellten solche Besoldungsblätter zur besonderen Kenntnisnahme vorzulegen, die, wie hier die Nr. 44 des Jahrgangs 1935, für die Angestellten besondere Bedeutung haben insofern, als deren Nichtkenntnis einen Angestellten u. U. erheblich schädigen kann. Im vorl. Fall ist der Kl. unstreitig dadurch um den eingeklagten Betrag geschädigt, daß ihm gerade die die Tarifänderung enthaltende Nr. 44 des Besoldungsblattes nicht vorgelegt worden ist. Nun enthielt das nicht vorgelegte Besoldungsblatt außer der den Angestelltentarif ändernden TarO. v. 22. Nov. 1935 auch noch den RdErl. des PrFinM. v. 12. Dez. 1935, der zugleich im Namen des PrMinPräs. und der übrigen Staatsminister ergangen war und der ausdrücklich anordnete, daß allen Angestellten von den Änderungen der TarO. „unverzüglich Kenntnis zu geben" sei. Es kommt auch hier nicht darauf an, ob dieser Erlaß für die inzwischen auf das Reich übergegangene Justizverwaltung unmittelbar verbindlich war. Der Erlaß läßt aber jedenfalls keinen Zweifel daran, welchen Inhalt die höchsten preußischen Behörden ihrer grundsätzlich gegebenen Fürsorgepflicht gegenüber ihren Angestellten beimaßen. Sie rechneten offenbar damit, daß bei flüchtiger Durchsicht der umlaufenden Besoldungsblätter leicht manches übersehen wird und daß das für die Veröffentlichung einer TarO. in erster Reihe bestimmte Reichsarbeitsblatt den meisten Angestellten überhaupt nicht in die Hände kommt. Sie berücksichtigen auch wohl, daß es bei der hier in Rede stehenden TarO., die eine Gehaltsaufbesserung der Angestellten von einem besonderen Antrag der davon Betroffenen abhängig machte, um eine ganz ungewöhnliche Regelung handelte. Mit einer solchen Gehaltsregelung konnte ein Angestellter schlechterdings nicht rechnen, und es bestand daher die Möglichkeit, daß zahlreiche Angestellte bei Unkenntnis der neuen TarO. lange Zeit ohne das Gehalt bleiben würden, das ihnen nach der TarO. doch schließlich als Mindestgehalt zukommen sollte. Nach alledem kann nur angenommen werden, daß mit dem Rund-

erlaß nicht nur eine allgemeine Dienstanweisung gegeben, sondern der Inhalt einer rechtlichen Fürsorgeverpflichtung hat anerkannt werden sollen. Die für jedes Arbeitsverhältnis bestehende allgemeine Fürsorgepflicht hat danach jedenfalls für die Dienstverträge der preußischen Behördenangestellten einen bestimmten Inhalt, nämlich den, daß die Angestellten besonders darauf hinzuweisen sind, wenn Gehaltsvorschriften ergehen, deren Kenntnis für sie zur Vermeidung von Nachteilen notwendig ist. Insoweit kann der Inhalt der Fürsorgepflicht aber nun nicht verschieden sein je nachdem, ob es sich um Angestellte des Preußischen Staates oder solche des Reichs handelt. Eine unterschiedliche Behandlung ist da nicht gerechtfertigt. Deshalb waren die in Frage kommenden Dienststellen der Justizverwaltung auf Grund ihrer Fürsorgepflicht gehalten, ihre sämtlichen Angestellten auf die Neuordnung der Gehaltsregelung ausdrücklich hinzuweisen. Diese Pflicht hat der Bekl. gegenüber dem Kl. unstreitig nicht erfüllt. Das muß ihm zum Verschulden angerechnet werden, so daß er dem Kl. für den ihm aus der Unterlassung erwachsenen Schaden haftbar ist.

(RArbG., Urt. v. 21. Sept. 1938, RAG 54/38. — Berlin.)

Anmerkung: Die Entscheidung lenkt von neuem die Aufmerksamkeit auf die Stellung des RArbG. zu den Grundgedanken der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung. Der höchste Gerichtshof hält daran fest, daß jedes Arbeitsverhältnis von dem „personenrechtlichen Grundsatz der Treu- und Fürsorgepflicht“ beherrscht ist, und daß die Auslegung der gesetzlich oder vertraglich begründeten Rechte und Pflichten der in der Betriebsgemeinschaft verbundenen Arbeitsparteien hiervon maßgebend beeinflußt wird; dagegen können bestimmte Einzelansprüche wie etwa ein Recht auf Urlaub nicht unmittelbar aus jenem Grundsatz abgeleitet werden. So war es schon in RArbG. 15, 46 = JW. 1935, 1805 ausgesprochen.

Das hier vorl. Urteil erklärt nochmals, daß der Grundsatz der Treu- und Fürsorgepflicht nicht unmittelbar die Quelle bestimmter vermögensrechtlicher Einzelansprüche sein kann, betont aber daneben mit besonderem Nachdruck die große Bedeutung, die ihm für die Auslegung der gesetzlichen oder vertraglichen Bedingungen des einzelnen Arbeitsverhältnisses zukommt. Vergleicht man hiermit die in dem Akademieentwurf eines Arbeitsverhältnisgesetzes von 1938 vorgeschlagene Regelung, so zeigt sich eine weitgehende Übereinstimmung mit dem Standpunkt des RArbG. Im § 1 des Entwurfs wird das Arbeits*verhältnis* dem Arbeits*vertrag* gegenübergestellt: das Arbeitsverhältnis ist „das auf Ehre, Treue und Fürsorge gegründete Gemeinschaftsverhältnis“, der Arbeitsvertrag ist „die das Arbeitsverhältnis begründende und gestaltende Einigung“. Es wird also auch hier die grundsätzliche Neuauffassung des Arbeitsrechts, die *Gesinnung*, die man von den Beteiligten erwartet, an die Spitze gestellt und damit in ihrer überragenden Bedeutung anerkannt; daneben wird aber ausgesprochen, daß der Arbeitsvertrag das regelmäßige Mittel zur Begründung und zur Gestaltung des Arbeitsverhältnisses darstellt. Soweit also nicht Gesetz, Tarif oder Betriebsordnung eingreifen, sollen Einzelansprüche nur durch Vertrag begründet, nie aber aus den allgemeinen Grundsätzen unmittelbar abgeleitet werden.

RA. Dr. W. *Oppermann*, Dresden.

*

35. § 233 ZPO. Keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Verschulden des Anwaltsassessors.

Die Ber. ist verspätet eingelegt worden. Der gleichzeitig gestellte Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist war folgendermaßen begründet:

Der erstinstanzliche Prozeßbevollmächtigte des Kl. habe dessen jetzigen Prozeßbevollmächtigten am 10. Dez. 1937, dem Tage vor Ablauf der Berufungsfrist, aufgesucht und mit dessen Anwaltsassessor A. die Aussichten der Ber. besprochen. Sie hätten sich entschlossen, dem Kl. zur Einlegung der Ber. zu raten. A. habe infolgedessen noch an demselben Abend einen Brief an den Kl. diktiert und ihn gebeten, bis zum Mittag des folgenden Tages Nachricht zu geben, ob Ber. eingelegt werden solle; wenn die erbetene Nachricht nicht eintreffe, werde er vorsorglich Ber. einlegen. Dieses Schreiben habe A. noch an demselben Abend unterschrieben und abgesandt. Auch habe er den Bürovorsteher K. um 7 Uhr abends von dem Sachverhalt unterrichtet und ihm gesagt, daß Ber. auch dann eingelegt werden müsse, wenn der Kl. nicht anrufen sollte. Der Kl. habe nicht angerufen, weil er das Schreiben wegen Abwesenheit von seiner Wohnung erst später erhalten habe. Unglücklicherweise habe der Bürovorsteher vergessen, sich die Akten vorlegen zu lassen und die Berufungseinlegung zu veranlassen. A. habe die Fristversäumung erst entdeckt, als ihm die Akten am 14. Dez. wieder vorgelegt worden seien. Er sei schuldlos. Das Versehen des sonst äußerst zuverlässigen Bürovorstehers sei dem Kl. nicht zuzurechnen.

Der BerR. hat den Wiedereinsetzungsantrag abgelehnt, weil den Assessor A. ein Verschulden an der Versäumung der Berufungsfrist treffe.

Die Rev. blieb ohne Erfolg. Ein unabwendbarer Zufall, der gemäß § 233 ZPO. die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer Frist rechtfertigt, liegt nur dann vor, wenn die Versäumung der Frist nach den Umständen des Falls auch durch die äußerste verständigerweise anzuwendende Sorgfalt nicht abzuwenden gewesen wäre. Dabei steht ein Verschulden des Prozeßbevollmächtigten oder seines Vertreters dem Verschulden der Partei gleich. Infolgedessen ist dem Kl. auch ein Verschulden des A. zuzurechnen, da diesem als Anwaltsassessor nach § 13 RRAO. v. 21. Febr. 1936 (RGBl. I, 107) die anwaltlichen Befugnisse des Rechtsanwalts zustanden, dem er überwiesen war (vgl. auch RGZ. 157, 359 = JW. 1938, 2034 [29]). Der BerR. stellt nun auf Grund des Vorbringens des Prozeßbevollmächtigten des Kl. fest, daß der Bürovorsteher bei Empfang der Anweisung, am nächsten Tage Berufung einzulegen, übermüdet gewesen sei, gerade das Büro habe verlassen wollen und es eilig gehabt habe. Diese Sachlage rechtfertigt es aber jedenfalls, wenn der BerR. ein Verschulden des A. darin findet, daß er weder dem Bürovorsteher eine schriftliche Anweisung erteilt hat, durch welche dieser an die Einreichung der Ber. erinnert wurde, noch sich selbst ein Erinnerungszeichen an die Angelegenheit geschaffen hat.

(RArbG., Urt. v. 5. Okt. 1938, RAG 70/38. — Berlin.)

*

36. §§ 293, 550 ZPO.; § 32 ArbOG. Grundsätze für die Auslegung von Tarifordnungen.

Wie bereits in RArbG. 18, 72 = JW. 1937, 1177 [48] dargelegt, müssen die von den Treuhändern der Arbeit erlassenen und im RArbBl. veröffentlichten TarO. als formelles Gesetzesrecht gelten, das der Richter ebenso mit allen zu Gebote stehenden Hilfsmitteln der Rechtswissenschaft zu erforschen hat, wie dies in bezug auf die Rechtsnormen i. S. des § 550 ZPO. seine Pflicht ist. Der BerR. hätte deshalb zur Auslegung der streitigen Tarifbestimmung ihre Vorgeschichte heranziehen müssen, ebenso aber auch die seitherige Übung und die bisherige Handhabung der Tarifbestimmung, die in Zweifelsfällen von Bedeutung sein können (Urt. RAG 4/38 v. 11. Mai 1938: ArbRSamml. 33, 114 [120] = JW. 1938, 2428 [40] m. Anm.). Nur auf diese Weise sind die bei der Auslegung entstehenden Zweifel zu lösen [1]).

(RArbG., Urt. v. 5. Okt. 1938, RAG 102/38. — Stettin.)

Reichsversorgungsgericht

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsversorgungsgerichts abgedruckt]

37. 1. Will ein Senat des RVersorgGer. in einer grundsätzlichen Rechtsfrage von einer früheren Entscheidung eines anderen Senats abweichen, so hat er die Sache zur Entscheidung an den Großen Senat zu verweisen (§ 130 VerfG.). Der Verweisung bedarf es nicht, wenn der andere Senat an der früheren Entscheidung nicht festhält.

2. Geht die Witwe eines Gefallenen oder eines infolge von Dienstbeschädigung Verstorbenen eine neue Ehe ein, so steht ihr im Falle der Nichtigkeit dieser Ehe ein Anspruch auf Wiedergewährung der Witwenrente für den Zeitraum nicht zu, in dem sie durch ihren Ehemann ihren Unterhalt gefunden hat.

(RVersorgGer., Urt. v. 22. Sept. 1938, M 13147/37/11.)

*

38. Der Anspruch des Reiches auf Erstattung zu Unrecht gezahlter Versorgungsgebührnisse (Renten) verjährt in 30 Jahren.

(RVersorgGer., Urt. v. 20. Sept. 1938, M 12057/37/11.)

---

1) Vgl. auch JW. 1937, 2859 [45].

Preußisches Oberverwaltungsgericht

39. § 57 ZustG.; § 81 LVG. Verfahrensmangel. Urteilsbegründung. Einziehung öffentlicher Wege. Die Begründung eines Urteils hat insbes. auch die Aufgabe, die Parteien über die dem Urteilsspruch zugrunde liegenden Erwägungen zu unterrichten und nach Möglichkeit von der Richtigkeit des Urteils zu überzeugen. Die Fassung der Begründung muß daher dieser Aufgabe entsprechen. Bei der Abwägung der für und wider die Einziehung eines öffentlichen Weges sprechenden Interessen ist die Rücksicht auf eine Förderung der landwirtschaftlichen Erzeugung nicht in jedem Falle ausschlaggebend gegenüber etwa vorhandenen entgegengesetzten Interessen.

Von der Gemeinde S. führt (durch die Äcker und Wiesen der Gemarkung W.) ein öffentlicher Fußweg nach H., der „Kirchsteg". Dieser Weg ist von den angrenzenden Landwirten teilweise eingeackert und bestellt, zum Teil auch verlegt worden. Als der Gemeindevorsteher und mehrere Einwohner von S. sich über diese Zustände beschwerten und Wiederherstellung des Weges in seinem ursprünglichen Zustande verlangten, beantragten die an den Weg angrenzenden Landwirte die vollständige Einziehung des Weges, da sie durch ihn bei der Bestellung und Überwachung ihrer Felder behindert würden. Der Amtsvorsteher erließ darauf eine dem § 57 ZustG. entsprechende Bekanntmachung, wonach der Weg als öffentlicher Weg eingezogen werden solle.

Gegen die Einziehung erhoben zahlreiche (über 100) Einwohner der Gemeinden S. und H. sowie der Gemeindevorsteher von S. namens seiner Gemeinde und der Ortsgeistliche von H. Einspruch; die Einsprüche wurden jedoch von dem Amtsvorsteher als unbegründet zurückgewiesen.

Gegen diesen Bescheid klagten die Kl. im Verwaltungsstreitverfahren. Zur Begründung führten sie aus: Der streitige Weg bilde die kürzeste und bequemste Verbindung zwischen S. und H.; er sei etwa 1 km kürzer als die Chaussee. Er sei vor 200 Jahren als Kirchweg für die Evangelischen der Gemeinde S. angelegt worden und diene bis heute den Kirchgängern und den Konfirmanden von S. zur Erreichung der Kirche in H. Auch für den Gang zum Arzt und zur Hebamme sei er von S. aus unentbehrlich. In der Heuernte müßten die Kl. bei unsicherem Wetter auf kürzestem Wege zu ihren Ländereien kommen und dazu seien sie auf diesen Weg angewiesen.

Der bekl. Amtsvorsteher erklärte den Weg für überflüssig, da auf ihm fast gar kein Verkehr mehr stattfinde. Ferner werde die brachliegende Wegefläche der Volksernährung entzogen.

Das Kreisverwaltungsgericht gab der Klage statt.

Auf die Berufung des Bekl. hob das BezVerwGer. die angefochtene Entscheidung auf und wies die Klage ab.

Die Rev. der Kl. hatte Erfolg.

Das BezVerwGer. hat seine Entscheidung lediglich mit dem einen Satz begründet, daß trotz der erheblichen Abkürzung, die der streitige Weg zwischen den Ortslagen S. und H. darstelle, doch die vom Bekl. hervorgehobenen volkswirtschaftlichen Belange unter besonderer Berücksichtigung der Volksernährung die von den Kl. vertretenen weniger wichtigen Belange überwögen. Mit dieser Begründung ist das BezVerwGer. seiner Pflicht zur Feststellung und Auswertung des Sachverhalts nicht gerecht geworden.

Wie das OVG. in ständiger Rspr. dargelegt hat, ist die Einziehung öffentlicher Wege nur aus Gründen des öffentlichen Interesses zulässig, während in derselben Richtung verlaufende private Interessen zwar mitberücksichtigt werden, aber nicht allein die Einziehung eines Weges rechtfertigen können. Hingegen sind private Interessen, die gegen die Einziehung sprechen, auch dann zu berücksichtigen, wenn sie allein — nicht in Gemeinschaft mit gleichgerichteten öffentlichen Interessen — vorliegen (RVerwBl. 59, 796 = JW. 1938, 2372). Als eine im öffentlichen Interesse liegende Maßnahme hat das OVG. dabei auch die Förderung der landwirtschaftlichen Erzeugung zur Sicherstellung der deutschen Volksernährung anerkannt (OVG. 98, 112, 115; RVerwBl. a. a. O. und JW. a. a. O.). Diese Rspr. ist aber nicht dahin auszulegen, daß die Förderung der landwirtschaftlichen Erzeugung in jedem Falle wichtiger wäre als die etwa vorhandenen entgegengesetzten Interessen öffentlicher oder privater Natur. Vielmehr ist es die Pflicht des Verwaltungsrichters, alle für und wider die Einziehung des Weges sprechenden öffentlichen und privaten Interessen im einzelnen tatsächlich festzustellen und in ihrer Bedeutung eingehend gegeneinander abzuwägen. Angaben darüber, welche Tatsachen das BezVerwGer. nach der einen oder anderen Richtung für festgestellt erachtet hat, läßt das angefochtene Urteil jedoch vollständig vermissen. Es finden sich in den Akten lediglich Parteibehauptungen, die einander großenteils widersprechen, und die Gutachten zweier Sachverständiger, die beide erhebliche verkehrstechnische Gründe für die Beibehaltung des Weges geltend gemacht haben, und von denen der zweite außerdem angegeben hat, daß aus dem gegenwärtigen Zustand des Weges wegen der Sperrmaßnahmen der Anlieger ein Schluß auf das tatsächliche Verkehrsbedürfnis nicht gezogen werden könne. Angesichts dieser Gutachten hätte das BezVerwGer. näher darlegen müssen, welches Verkehrsbedürfnis es für den streitigen Weg für festgestellt erachtete und aus welchen Umständen es sich trotz der von dem zweiten Sachverständigen hervorgehobenen Schwierigkeiten seine Überzeugung gebildet hat. Ferner hat das Urteil in dem einen Satz seiner Begründung nicht die Interessen der Landwirte in H. gewertet, die für die Beibehaltung des Weges sprechen und offenbar auch wegen der Förderung der landwirtschaftlichen Erzeugung geltend gemacht sind. Die in § 81 LVG. vorgeschriebene schriftliche Urteilsbegründung hat nicht nur den Zweck, die getroffene Entscheidung durch Angabe des Streitverhältnisses näher zu präzisieren, sondern vor allem die Aufgabe, die Parteien über die dem Urteilsspruche zugrunde liegenden Erwägungen zu unterrichten und nach Möglichkeit von der Richtigkeit des Urteils zu überzeugen, außerdem auch der Rechtsmittelinstanz die Nachprüfung der Urteilsgründe im einzelnen zu ermöglichen.

Da das BezVerwGer. dieser Forderung nicht entsprochen hat, so leidet seine Entscheidung an einem wesentlichen Verfahrensmangel, der dazu führte, daß das OVG. die Sache ohne die sonst für die Rev. geltenden Beschränkungen frei zu prüfen hatte. Dabei erwies sie sich als nicht spruchreif. Sie war daher unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das BezVerwGer. zurückzuverweisen.

Das BezVerwGer. wird einerseits über die Verkehrsbedeutung des Weges, nötigenfalls durch Zeugenvernehmung, andererseits über den Wert, den seine Einziehung für die landwirtschaftliche Erzeugung haben würde, erneute Feststellung zu treffen haben. Es wird dabei zu berücksichtigen haben, daß auch Landwirte, die in H. wohnen, den Weg aus Wirtschaftsgründen für unentbehrlich erklärt haben. Sollten diese Feststellungen wegen des schlechten Zustandes des Weges zur Zeit nicht abschließend getroffen werden können, so wird in Frage kommen, den Weg, dessen Öffentlichkeit zur Zeit noch außer Zweifel steht, zur Beobachtung des auf ihm stattfindenden Verkehrs zunächst wieder in ordnungsmäßigen Zustand versetzen zu lassen.

(PrOVG., Urt. v. 22. Sept. 1938, IV C 31/37.)

*

40. § 112 LVG. Verfahrensmangel. Versäumung der Klagefrist. Eingangsstempel. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Die Klagefrist ist auch dann als versäumt anzusehen, wenn der tatsächlich verspätete Eingang der Klageschrift auf einem Versehen der Post oder der empfangenden Behörde beruht. In diesem Falle sind jedoch die Voraussetzungen für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegeben, auch wenn die Klage erst in den letzten Tagen der Klagefrist abgesandt ist.

Durch Verfügung des Oberbürgermeisters in S. wurde dem Kl. aufgegeben, die Viehhaltung auf einem von ihm gepachteten Acker einzustellen. Der auf seine Beschw. vom RegPräs. erlassene Beschwerdebescheid wurde ihm am 13. Jan. 1937 ordnungsmäßig zugestellt. Die zweiwöchige Klagefrist (§ 49 PolVerwG.) lief mithin am 27. Jan. 1937 ab. Die vom Kl. erhobene Klage erhielt bei der Regierung in Magdeburg den Eingangsstempel v. 29. Jan. 1937 und wurde vom BezVerwGer. wegen Fristversäumnis abgewiesen. Das BezVerwGer. führte in den Gründen seines Urteils aus, die Klagefrist, die sich als eine Ausschlußfrist darstelle, sei versäumt. Der Kl. habe hierzu in der mündlichen Verhandlung folgendes vorgetragen: Er habe am 25. Jan. 1937 den Brief in Stendal zur Post gegeben, die Annahme sei jedoch von der Regierung in Magdeburg wegen ungenügender Frankierung verweigert worden. Der Brief sei an ihn zurückgekommen. Darauf habe er den Brief richtig frankiert und erneut an den Regierungspräsidenten gesandt. Es sei richtig, daß der Brief erst am 29. Jan. 1937 eingetroffen sei. In diesen Umständen liege nach der Auffassung des BezVerwGer. kein die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertigender unabwendbarer Zufall.

Die Rev. des Kl. hatte Erfolg.

Allgemein ist folgendes zu bemerken. Wenn ein Rechtsmittelschriftsatz von der Behörde mit einem Eingangsstempel versehen ist, der ein nach Ablauf der Rechtsmittelfrist liegendes

Datum trägt, so ist zu prüfen, ob überhaupt eine Fristversäumnis vorliegt oder ob die Frist zwar innegehalten, aber der lediglich als eines von mehreren möglichen Beweismitteln zu wertende Eingangsstempel der empfangenden Behörde aus irgendeinem Grunde nicht mit dem richtigen Datum aufgedrückt ist. Ist ein Brief nachweislich innerhalb der Frist zwar bei der Behörde eingegangen, dort aber mit einem unrichtigen, nämlich später datierten Eingangsstempel versehen worden — sei es infolge des mit der geschäftlichen Behandlung nicht ordnungsmäßig freigemachter Briefe verbundenen Zeitverlustes, sei es infolge eines bei der Behörde vorgekommenen Versehens od. dgl. —, so liegt eine Fristversäumnis des Absenders selbstverständlich gar nicht vor, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kommt daher begrifflich überhaupt nicht in Frage.

Eine Fristversäumnis ist jedoch anzunehmen, wenn ein solcher Nachweis nicht erbracht ist; denn es ist mangels entgegenstehenden Beweises von der Vermutung auszugehen, daß der Eingangsstempel den Zeitpunkt des Eingangs richtig angibt. In solchen Fällen ist eine Prüfung in der Richtung erforderlich, ob die Voraussetzungen vorliegen, in denen gemäß § 112 LVG. eine Wiedereinsetzung gewährt werden kann. In diesem Sinne sind auch die in ihrer Fassung nicht ganz klaren Ausführungen der Entscheidung PrOVG. 44, 451/453 zu verstehen.

In dem hier vorl. Fall beruht das Urteil des BezVerwGer. offensichtlich auf einem Mißverstehen dessen, was der Kl. in der mündlichen Verhandlung anscheinend nicht ganz deutlich vorgebracht hat. Es kann davon ausgegangen werden, daß der Kl. damals über die Umstände bei der Beförderung seines Briefes, der die Klageschrift enthielt, dasselbe hat erklären wollen, was er in der Revisionsschrift dargelegt hat. Danach ist für festgestellt zu erachten, daß der Kl. den fraglichen Brief am 25. Jan. in Stendal der Post zur Beförderung übergeben hat, daß die darin befindliche Klageschrift am 29. Jan. den behördlichen Eingangsstempel der Regierung in Magdeburg erhalten hat, und daß der Briefumschlag zur Erhebung der wegen unzureichender Frankierung erforderlichen Nachgebühr an den Kl. zurückgegangen ist. Ein Nachweis dafür, daß der Brief schon am 26. oder 27. Jan. beim BezVerwGer. eingegangen ist, ist nicht erbracht worden. Unter Berücksichtigung des Eingangsstempels als einzigen Beweismittels ist daher weiter festzustellen, daß der Brief erst am 29. Januar bei der Regierung eingegangen und daher die am 27. Januar ablaufende Klagefrist in der Tat nicht innegehalten worden ist. Wie die Erklärungen des Postamtes und auch des Bekl. selber bestätigen, konnte der Kl. aber damit rechnen, daß ein am 25. Januar in Stendal eingesteckter Brief zum mindesten am 27., wenn nicht schon am 26. Januar dem Empfänger in Magdeburg ausgehändigt werden würde. Die Nichteinhaltung der Klagefrist beruht also auf einem unabweisbaren Zufall, so daß der Antrag des Kl. auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 112 LVG. begründet ist.

Das BezVerwGer. hat diesen Sachverhalt nicht ausreichend aufgeklärt. Da seine Entscheidung somit auf einem wesentlichen Verfahrensmangel beruht, die Sache bei freier Prüfung durch das OVG. sich aber mangels einer sachlichen Entscheidung des BezVerwGer. als noch nicht spruchreif erwies, so war sie unter Aufhebung der Vorentscheidung an dieses Gericht zur erneuten Entscheidung zurückzuverweisen.

(PrOVG., Urt. v. 8. Sept. 1938, IV C 122/37.)

*

41. §§ 36, 41 PolG.; § 1 FluchtlG. Inkrafttreten einer Bauordnung. Straße, Einfriedigung. Begriff der „öffentlichen Freifläche". Rechtsgültigkeit einer PolVO., welche vorschreibt, daß bebaute Grundstücke an ihren an öffentliche Freiflächen stoßenden Grenzen einzufriedigen sind. Niemand kann von der Polizeibehörde zur Einreichung eines Antrags auf Baugenehmigung gezwungen werden.

Der Kl., der auf dem Grundstück M.straße 3 in S. ein Einfamilienhaus errichtete, beabsichtigte, den hinteren, an eine öffentliche Freifläche grenzenden Teil des Grundstücks mit einer Brombeerhecke einzufriedigen, und teilte dies der Baupolizeibehörde mit. Diese gab hierfür jedoch nicht die Erlaubnis, sondern erwiderte, die Genehmigung könne erst nach Herstellung eines Rahmenplans, der sich zur Zeit in Bearbeitung befinde, erteilt werden. Der Kl. antwortete, er werde einen eisernen Drahtzaun von 2 m Höhe aufstellen. Daraufhin übersandte die Baupolizei ihm den Rahmenplan mit dem Bemerken, die herzustellende Einfriedigung müsse dem darin dargestellten Vorschlag entsprechen. Als der Kl. sich nunmehr auf den Standpunkt stellte, daß nicht er, sondern die Stadtgemeinde S. zur Herstellung der Einfriedigung verpflichtet sei, erließ die Baupolizeibehörde an ihn unter dem 11. Dez. 1934 eine polizeiliche Verfügung. Darin forderte sie unter Hinweis auf § 25 BauPolVO. für die Stadt S. v. 30. Juli 1932, wonach die Baupolizeibehörde verlangen kann, daß offene Grundstücke gegen die Straße in zweckentsprechender und der Umgebung angemessener Art eingefriedigt werden, den Kl. zur Errichtung einer derartigen Einfriedigung auf, nahm diese Verfügung jedoch demnächst wieder zurück.

Nachdem inzwischen am 28. Juli 1936 ein Nachtrag zu dem erwähnten § 25 BauO. ergangen war, durch den u. a. hinter den Worten „gegen die Straße" die Worte eingeschaltet wurden „und angrenzende öffentliche Freiflächen", forderte der Oberbürgermeister durch Vfg. v. 15. Aug. 1936 den Kl. mit Beziehung hierauf auf, sein Grundstück binnen vier Wochen gegen die angrenzende öffentliche Freifläche in zweckmäßiger und der Umgebung entsprechender Art einzufriedigen und die dazu erforderliche Genehmigung vorher unter Einreichung der Unterlagen bei der Baupolizei zu beantragen.

Nach vergeblicher Beschw. erhob der Kl. die Klage im Verwaltungsstreitverfahren; das Grundstück liege nicht an einer Freifläche, sondern an einer 5 m hohen Böschung dieser Freifläche. Das BezVerwGer. wies die Klage ab und führte aus, nach der Fassung des Nachtrags zu § 25 BauPolVO. v. 30. Juli 1932 sei die Forderung der Polizei nicht zu beanstanden.

Die Rev. des Kl. hatte Erfolg.

Das BezVerwGer. hat bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt, daß der Kl. im Laufe der Verhandlungen seinerseits zweimal der Baupolizeibehörde ein Angebot über eine von ihm beabsichtigte rückwärtige Einfriedigung des Grundstücks gemacht und sich bereit erklärt hat, eine Brombeerhecke oder einen 2 m hohen Drahtzaun zu errichten. Die Baupolizeibehörde hat beide Angebote ohne Angabe von Gründen abgelehnt, statt dessen eine dem Rahmenplan entsprechende Einfriedigung verlangt und demnächst die angefochtene Verfügung erlassen. Das BezVerwGer. ist davon ausgegangen, daß diese Verfügung berechtigt sei; es hätte aber gemäß § 41 Abs. 2 PolVerwG. prüfen müssen, ob durch eines dieser vom Kl. angebotenen Mittel die polizeiliche Gefahr ebenso wirksam abgewehrt werden würde wie durch die von der Baupolizei geforderte Maßnahme. Denn da der Kl. auf seine Vorschläge noch in der Klageschrift erneut hingewiesen hat, so mußte das BezVerwGer. mangels gegenteiliger Feststellungen davon ausgehen, daß der Kl. diese Angebote zum mindesten als Eventualanträge während des schwebenden Verfahrens aufrechterhalten wollte.

Das BezVerwGer. ist ferner zu Unrecht von der Anwendbarkeit des Nachtrages v. 28. Juli 1936 zur BauPolVO. ausgegangen. Das Stück des Amtsblatts mit diesem Nachtrag ist am 8. Aug. 1936 ausgegeben worden. Da der Nachtrag keine Bestimmung über den Zeitpunkt seines Inkrafttretens enthält, so trat er gemäß § 36 PolVerwG. eine Woche nach dem Tage seiner Veröffentlichung in Kraft. Der Tag der Veröffentlichung wird nicht mitgezählt (§ 187 Abs. 1 und § 188 Abs. 2 Halbsatz 1 BGB.); zwischen seinem Ablauf und dem Tage des Inkrafttretens müssen 7 volle Tage liegen. Der Nachtrag trat also am 16. Aug. 1936 in Kraft. Die angefochtene Vfg. ist aber bereits am Tage vorher, nämlich am 15. Aug. 1936, erlassen und auch an demselben Tage dem Kl. zugestellt worden. Sie konnte sich mithin nicht auf die Bestimmungen des Nachtrages stützen.

Wegen dieser Rechtsirrtümer des Vorderrichters hatte der Gerichtshof die Sache ohne Bindung an die der RevInst. durch § 94 LVG. sonst gesetzten Beschränkungen in freier Prüfung zu beurteilen. Dabei ergab sich, daß die Sache spruchreif ist.

Da der Nachtrag v. 28. Juli 1936 die Vfg. noch nicht zu stützen vermochte, so war zu erwägen, ob die Vfg. rechtswirksam auf Grund der ursprünglichen Fassung des § 25 BauPolVO. vom 30. Juli 1932 erlassen werden konnte, wonach die Baupolizeibehörde verlangen kann, daß offene Grundstücke gegen die Straße eingefriedigt werden. Diese Frage war jedoch zu verneinen, da auf der Rückseite des klägerischen Grundstücks nach dem Inhalt der Akten eine „Straße" als öffentliche polizeiliche Verkehrsanstalt nicht vorhanden ist. Das trifft auch dann zu, wenn man davon ausgeht, daß die BauPolVO. den Begriff „Straße" i. S. von § 1 FluchtlG. verwendet, welches in seinem durch das WohnungsG. von 1918 geänderten Wortlaut zu den Straßen auch deren zur Zeit nicht unmittelbar dem Verkehr dienende Teile rechnet und die Fassung „Straßen und Plätze (auch Gartenanlagen, Spiel- und Erholungsplätze)" enthält. Denn eine solche Fläche, die einen Teil der Straße bildet und der Verkehrspolizei untersteht (vgl. Scholz, „Handbuch des gesamten öffentlichen Grundstücksrechts", Bd. 1 S. 124 und die dort angeführten Entscheidungen), kommt hier nicht in Frage. Vielmehr ist das fragliche Gelände hinter dem Anwesen des Kl. zu den sog. „öffentlichen Freiflächen" zu rechnen,

die keine Straßenteile und keine polizeilichen Verkehrsanstalten sind, sondern zu Zwecken der Erholung, des Sports usw. regelmäßig von den Kommunen zur Verfügung gestellt werden und nicht in der Art wie die Straßen und die zu ihnen gehörigen Gartenanlagen usw. der Bestimmung der Polizei unterworfen sind (vgl. auch von Brauchitsch, „Verwaltungsgesetze für Preußen", 22. Aufl., 2. Halbband, S. 516 Anm. 1; OVG. 71, 346; 73, 128, 131; 85, 427; RuPrVerwBl. 52, 315). Auch die Freiflächen sind wie die Straßen, aber aus anderen Rücksichten, grundsätzlich nicht zur Bebauung bestimmt, wobei jedoch nicht ausgeschlossen ist, daß auf ihnen einzelne zweckbedingte Gebäude errichtet werden, wie z. B. Regenhäuschen in einem Parke.

Hiernach kann im vorl. Falle der die Einfriedigung an einer Straße fordernde § 25 BauO. nicht zur Anwendung kommen, und eine sonstige Vorschrift, die der angefochtenen Verfügung hätte als Grundlage dienen können, ist nicht ersichtlich.

Da die Entscheidung des BezVerwGer. zu einem anderen Ergebnis gekommen ist, so unterlag sie der Aufhebung. Die nach obigen Ausführungen rechtsunwirksame Verfügung des Oberbürgermeisters v. 15. Aug. 1936 und der sie auf Grund des Nachtrags von 1936 aufrechterhaltende Beschwerdebescheid mußten außer Kraft gesetzt werden.

Es sei bemerkt, daß die neue Fassung des § 25 Abs. 1 BauO. im Nachtrag von 1936 insofern nicht für rechtsgültig erachtet werden kann, als darin auch für unbebaute Grundstücke eine Einfriedungspflicht gegen angrenzende öffentliche Freiflächen vorgesehen ist. Unter Freiflächen sind dabei solche im oben erörterten Sinne zu verstehen. Inwiefern in der Nichteinfriedigung unbebauter Grundstücke gegenüber derartigen unbebauten Freiflächen regelmäßig ein polizeiwidriger Zustand liegen könnte, ist nicht zu erkennen.

Unbebaute Grundstücke pflegen untereinander, soweit es sich nicht um Ausnahmen handelt, überhaupt nicht durch Einfriedigungen abgegrenzt zu sein. Hauptsächlich liegt eine solche Ausnahme vor, wenn das eine der aneinander stoßenden unbebauten Grundstücke eine öffentliche Straße innerhalb einer Ortschaft ist (vgl. Scholz a. a. O. Bd. I S. 185; RuPrVerwBl. 49, 1005). Für solche Fälle schreiben die Bauordnungen vielfach sogar ausdrücklich eine straßenseitige Einfriedigung der an die Straße grenzenden nichtlandwirtschaftlichen Grundstücke vor. Die Rspr. hat derartige Vorschriften ebenso wie diejenigen als rechtsgültig anerkannt, welche gemäß § 25 EinheitsBauO. die Einfriedigung bebauter Grundstücke auf der Straßenfluchtlinie (Straßengrenze) fordern, soweit auf dieser nicht die Grundstücksgebäude errichtet sind. Denn die unmittelbar an der Straße gelegenen freien Räume solcher bebauten oder unbebauten Grundstücke bilden im uneingefriedigten Zustande eine Quelle der Störungen für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, da sie oft teils als Schlupfwinkel für allerlei Gesindel oder als Ablagerungsstätte für gesundheitsschädlichen Unrat dienen, teils durch die Art ihrer Benutzung seitens der Eigentümer (z. B. zur Materialienlagerung oder zu sonstigen gewerblichen Zwecken) den ohne Abgrenzung auf der öffentlichen Straße sich vollziehenden Verkehr gefährden oder behindern (PrVerwBl. 29, 437; OVG. 68, 424 ff., 427).

Derartige eine Einfriedigung fordernde Wechselwirkungen, die aus der Benutzung der Straße und der anliegenden Grundstücke entstehen, lassen sich nicht in gleicher Weise und in gleichem Umfange feststellen für die Erholungszwecken dienenden öffentlichen Freiflächen und die an sie stoßenden Privatgrundstücke. Denn die gelegentliche und regelmäßig in kleinerem Ausmaß sich vollziehende Benutzung eines öffentlichen Spielplatzes oder eines öffentlichen Parks, dessen Wege sich regelmäßig nicht an der Grundstücksgrenze hinziehen, kann nicht mit dem Verkehr auf einer öffentlichen Straße verglichen werden. Die grundsätzlichen Unterschiede zwischen Straße und Freifläche wirken sich auch sonst in ihren Beziehungen zu den anliegenden Grundstücken in verschiedenen Richtungen aus. Insbesondere hat das für anliegende unbebaute Grundstücke zu gelten, die in ihrem Charakter vielfach den angrenzenden Freiflächen ähneln, jedenfalls aber ihnen gegenüber keine solche Verschiedenheiten wie gegenüber einer Straße aufweisen. Aus ihrer Benutzung und derjenigen der angrenzenden Freiflächen entstehen regelmäßig keine zur Abgrenzung und Einfriedigung nötigende Wechselwirkungen der oben beschriebenen Art. Stoßen daher unbebaute Grundstücke, insbes. solche rein landwirtschaftlicher Art, uneingefriedigt an Freiflächen, so kann das nicht als eine Störung der öffentlichen Ordnung oder der öffentlichen Sicherheit angesehen werden. Vorschriften einer PolizeiVO., die gleichwohl allgemein die Einfriedigung auch solcher Grundstücke verlangen, entbehren daher der Rechtsgültigkeit. Anders ist die Rechtslage bei bebauten Grundstücken, die an eine öffentliche Freifläche mit einer nicht an der Straße liegenden Seite grenzen. Hier ist davon auszugehen, daß die Einzäunung bebauter Grundstücke grundsätzlich der allgemeinen Übung entspricht. Regelmäßig pflegen Wohnhaus mit dazugehörigem Hofraum und Garten eingefriedigt zu sein, um das dem persönlichen und täglichen Gebrauch der Bewohner dienende Gelände von der Umwelt abzugrenzen und als zusammengehöriges befriedetes Besitztum zu kennzeichnen. Es kann für den vorl. Fall dahingestellt bleiben, ob eine Einfriedigung solcher Grundstücke derart üblich und auch im öffentlichen Interesse (z. B. steuerlicher Art) geboten ist, daß sie den Erfordernissen der öffentlichen Ordnung entspricht und ihre Herstellung allgemein von der Polizei gefordert werden kann. Jedenfalls aber bestehen zwischen einem bebauten und daher bewohnten oder doch von Menschen regelmäßig aufgesuchten Grundstück und einer anstoßenden öffentlichen Freifläche bei mangelnder Einfriedigung Wechselwirkungen, die sich aus der Tatsache des Bewohnens usw. des Grundstücks ergeben. Sie sind zwar anders geartet und weniger umfangreich als an der Grenze zwischen einem Grundstück und der zum Verkehr bestimmten sowie den Zugang bildenden Straße. Sie rechtfertigen aber im Interesse der Sicherung einer bestimmungsgemäßen Benutzung der Freifläche durchaus die polizeiliche Forderung nach Einfriedigung des bebauten Grundstücks gegenüber der Freifläche, die an dieser Stelle für den Zugang und Verkehr nicht freigegeben ist. Es sind daher Bestimmungen einer PolVO., die die Einfriedigung bebauter Grundstücke an ihren an öffentliche Freiflächen anstoßenden Grenzen vorschreiben, für rechtsgültig zu erachten.

Es sei schließlich noch darauf hingewiesen, daß nach der langjährigen, ständigen Rspr. des OVG. (OVG. 60, 394) niemand von der Polizeibehörde zur Einreichung eines Antrages auf Erteilung einer Baugenehmigung — wie er im vorl. Fall gefordert worden ist — gezwungen werden kann. Zulässig ist lediglich die Einforderung der für die Prüfung des Bauvorhabens erforderlichen Zeichnungen und sonstiger Unterlagen, und nur in diesem Sinne hätte die ergangene Verfügung gedeutet werden können (OVG. 85, 431, 433).

(PrOVG., Urt. v. 16. Juni 1938, IV C 76/37.)

*

42. Baupolizei. Abstand der Gebäude vom Weg. Erneuerungen und Instandsetzungen von Gebäuden. Es wird an der bisherigen Rspr. festgehalten, nach der in einer Bauordnung ein bestimmter Mindestabstand der Baulichkeiten von einem öffentlichen Wege rechtsgültig vorgeschrieben werden kann. Eine solche Vorschrift ist anwendbar sowohl auf die nach ihrem Inkrafttreten neu errichteten Baulichkeiten als auch auf Änderungen umgestaltender Art, die an den bei Inkrafttreten der Vorschrift bereits bestehenden Bauten vorgenommen werden.

Der Kl. ist Eigentümer eines zweistöckigen Wohnhauses in der B.er Straße zu H., das zum großen Teil in diese Straße hineinragt. Eine Straßen- und Baufluchtlinie ist für die Straße nicht festgesetzt. Er beantragte bei dem Amtsbürgermeister die baupolizeiliche Genehmigung zum Umbau des Hauses. Es sollten insbes. die Treppen verändert, der Hauseingang und die Küche verlegt, die Fenster vergrößert und die Stockwerke erhöht werden. Der Amtsbürgermeister lehnte die Baugenehmigung ab, weil nach §§ 12, 59 BauO. v. 1. Febr. 1912 bei einem Umbau eine Zurücksetzung des Hauses mit mindestens 1,50 m Abstand von der Straßengrenze verlangt werden müsse.

Der Kl. erhob Klage im Verwaltungsstreitverfahren und trug vor, sein Wohnhaus sei 100 Jahre alt und bedürfe dringend der Instandsetzung und des Umbaues. Die Zimmer im oberen Stockwerk seien wegen Baufälligkeit nicht mehr bewohnbar. Die Versagung der Bauerlaubnis könne nur den Zweck verfolgen, das Haus zur vollständigen Baufälligkeit und Unbewohnbarkeit zu verurteilen, damit die Gemeinde es in späterer Zeit billig erwerben könnte. Fiskalische Gründe aber dürften bei der Erteilung einer Bauerlaubnis keine Rolle spielen.

Der Bekl. erwiderte, Instandsetzungsarbeiten könne der Kl. jederzeit an seinem Hause vornehmen. Der geplante Umbau aber sei unzulässig, weil er gegen die Vorschriften der Bauordnung verstoße.

Das BezVerwGer. hob die angefochtene polizeiliche Verfügung auf. Es führte aus, die Vorinstanzen hätten die §§ 12, 59 BauO. formell zu Recht angewendet; es sei jedoch ein Rechtsgrundsatz des neuen Staates, daß die Normen des überalterten Rechts mit neuem Geist erfüllt werden müßten und daß auch positive Vorschriften dann nicht angewendet werden könnten, wenn sie dem nationalsozialistischen Rechtsempfinden zuwiderliefen. Im vorl. Fall gehe es den Baupolizeibehörden nicht so sehr um die baupolizeilichen Belange als um die Verhinderung werterhöhender Arbeiten im Interesse der fiskalischen Belange der Gemeinde

H. Das formelle Recht sollte hierzu die Handhabe bieten. Mit der Verweigerung der Aufstockungserlaubnis werde im Interesse der Gemeinde, die über kurz oder lang zum Erwerb des Hauses schreiten müsse, versucht, die Werterhöhung zu vereiteln. Es sei anerkannten Rechts, daß die Gründe für die Versagung der Bauerlaubnis nur baupolizeilicher Art sein dürften. Das Voranstellen der Interessen der Allgemeinheit vor die Belange des Kl. könne nicht zur Einleitung einer versteckten entschädigungslosen Enteignung führen. Wenn es nach dem geltenden Recht erlaubt sei, daß das fragliche Haus bewohnt werde und ohne die beabsichtigten genehmigungspflichtigen Arbeiten auch weiterhin unbeanstandet in den Straßenkörper hineinrage, dann müsse dem Eigentümer das Recht erhalten bleiben, die aus Sicherheitsgründen notwendigen und aus anderen verständlichen Gründen vertretbaren Erneuerungs- und Vergrößerungsarbeiten vorzunehmen. Es wäre ein Unrecht, dem Eigentümer die Erhaltung seines Vermögens zu verwehren und ihm unmöglich zu machen, zusätzlichen Wohnraum für seine sich vergrößernde Familie zu schaffen. Die Versagung der Bauerlaubnis sei daher zu Unrecht erfolgt.

Die Rev. des Bekl. hatte Erfolg.

Nach § 12 Ziff. 2 Abs. 1 der in H. geltenden BauO. vom 1. Febr. 1912 müssen, wo eine Baufluchtlinie nicht besteht, Baulichkeiten 1,50 m von der Grenze eines öffentlichen Weges entfernt bleiben.

Der Ansicht des BezVerwGer., daß diese Vorschrift überaltert sei und ihre Anwendung zu einer versteckten entschädigungslosen Enteignung des Kl. im Interesse der Gemeinde H. führen würde, war nicht beizupflichten. Das OVG. hat Vorschriften einer Bauordnung, nach welchen an Straßen ohne Baufluchtlinie Gebäude nur in einer gewissen Mindestentfernung vom Rande öffentlicher Wege gebaut werden dürfen, für Städte und ländliche Ortschaften in ständiger Rspr. noch in neuester Zeit als gültig erklärt (OVG. 11, 380; 26, 338; 39, 363; 50, 427; 82, 424; 95, 220 = JW. 1935, 2457). Dabei sind die polizeilichen Gründe für solche Anordnungen — insbes. die Rücksichten auf die Sicherheit und Übersichtlichkeit des Verkehrs sowie die Abtrocknung der Wege — eingehend erörtert worden. Diese Gründe haben im Hinblick auf den Kraftwagenverkehr besonderes Gewicht. Es ist in den genannten früheren Entscheidungen auch dargelegt worden, daß derartige Vorschriften nicht dem FluchtlG. v. 2. Juli 1875 widersprechen, weil dadurch Fluchtlinien im rechtlichen Sinn nicht geschaffen werden, eine Umgehung der für die Schaffung von Fluchtlinien geltenden gesetzlichen Vorschriften also nicht in Frage kommt. An dieser Rspr. war festzuhalten. Es ist nicht anzuerkennen, daß ihre Grundsätze, wie das BezVerwGer. meint, dem nationalsozialistischen Rechtsempfinden zuwiderlaufen. Diesem Rechtsempfinden entspricht vielmehr gerade die Regel, daß die Interessen des einzelnen Grundeigentümers gegenüber dem Interesse der Allgemeinheit an der Sicherheit des Verkehrs zurücktreten müssen. Die Gültigkeit und Anwendbarkeit einer solchen Vorschrift wird auch nicht dadurch berührt, daß ihre Anwendung, die im Interesse der Verkehrssicherheit erfolgt, zugleich auch im Interesse des Wegebaupflichtigen sich auswirkt, weil dadurch eine Werterhöhung eines Gebäudes, das er zum Wegebau möglicherweise erwerben muß, verhindert wird. Es steht daher auch im vorl. Fall der Anwendung des § 12 BauO. nicht entgegen, wenn die Versagung der beantragten Baugenehmigung auch günstige Folgen für die Gemeinde H. zeitigt, weil diese das Grundstück des Kl. möglicherweise zu Wegebauzwecken später erwerben wird und dann nicht einen durch den beabsichtigten Umbau erhöhten Grundstückspreis zu zahlen braucht. Von einer versteckten Enteignung kann bei solchen, sich aus der Anwendung des § 12 BauO. ergebenden Folgen nicht die Rede sein. Es handelt sich vielmehr um Beschränkungen des Grundstückseigentums im öffentlichen Interesse, die sich jeder betroffene Grundeigentümer ebenso wie zahlreiche andere aus dem öffentlichen Baurecht sich ergebende Beschränkungen ohne Entschädigung gefallen lassen muß.

Rechtsirrig ist ferner, was das BezVerwGer. über die Befugnis des Eigentümers eines Hausgrundstücks zur Vornahme von Erneuerungs- und Vergrößerungsarbeiten ausführt. Es trifft nicht zu, daß der Eigentümer eines rechtmäßig errichteten Gebäudes ohne weiteres auch das Recht hat, an dem Gebäude die „aus verständlichen Gründen vertretbaren" Erneuerungs- und Vergrößerungsarbeiten auszuführen, insbes. sich in dem Gebäude zusätzlichen Wohnraum für seine sich vergrößernde Familie zu verschaffen. Ein solches Recht zur Vornahme von baulichen Veränderungen ergibt sich keineswegs aus dem Eigentum an einem rechtmäßig errichteten Gebäude; es steht dem Eigentümer vielmehr dann nicht zu, wenn die Veränderungen dem zur Zeit ihrer Vornahme geltenden Baurecht widersprechen.

Da hiernach die Begründung der Entscheidung des BezVerwGer. nicht frei von Rechtsirrtum ist, so hatte das RevG. die Sache ohne Bindung an die sonst für die RevInst. geltenden Beschränkungen frei zu beurteilen.

Dabei war davon auszugehen, daß § 12 Ziff. 2 Abs. 1 BauO. v. 1. Febr. 1912 gültig ist. Nach dieser Vorschrift kann gefordert werden, daß bei den nach Erlaß der Bauordnung neu errichteten Baulichkeiten der vorgeschriebene Abstand innegehalten wird. Die Vorschriften der Bauordnung und demgemäß auch ihres § 12 Ziff. 2 finden nach § 59 Ziff. 1 BauO. in der Regel auch Anwendung auf Veränderungen und Erneuerungen von Bauten, die bei Erlaß der Bauordnung bereits vorhanden waren. Die Bestimmung des § 59 Ziff. 1 bezieht sich aber nach ihrem Wortlaut und nach der ihr auch vom Bekl. gegebenen Auslegung nicht auf reine Ausbesserungsarbeiten lediglich zur Erhaltung des bestehenden Zustandes. Sie gibt vielmehr denselben Rechtsgedanken wieder wie der vom Gerichtshof ausgesprochene Grundsatz, daß Bauarbeiten umgestaltender Art, die nach dem Inkrafttreten einer neuen Bauordnung an einem bestehenden Bau vorgenommen werden, nach der neuen Bauordnung zu beurteilen sind (OVG. 97, 208 = JW. 1936, 1405). Es dürfen also nach der für rechtsgültig zu erachtenden Vorschrift des § 59 Ziff. 1 a. a. O. (umgestaltende) Veränderungen und Erneuerungen an vorhandenen Bauten grundsätzlich nur erfolgen, wenn die Bauteile, die durch die Arbeiten betroffen werden (oder unter § 59 Ziff. 3 fallen), mehr als 1,50 m von der Straße entfernt sind (vgl. auch PrVerwBl. 25, 646, 647). Die vom Kl. angezogene Vorschrift des § 59 Ziff. 4 kommt nicht in Frage, da sie die Rückwirkung des neuen Baurechts auf vorhandene Bauten nur für andere als die in den Ziff. 1—3 geregelten Fälle regelt, hier aber es sich gerade um einen von Ziff. 1 betroffenen Fall handelt. Denn die vom Kl. beabsichtigten Bauarbeiten sind so erheblicher Art, daß sie zweifellos zu den (umgestaltenden) Veränderungen oder Erneuerungen i. S. der Ziff. 1 a. a. O. gehören. Dem Grundstückseigentümer, der bei Inkrafttreten der BauO. v. 1. Febr. 1912 ein dem § 12 Ziff. 2 Abs. 1 nicht entsprechendes Haus besitzt, wird bei dieser Rechtslage auch nicht etwa, wie der Kl. meint, unmöglich gemacht, sein Haus in ordnungsmäßigem Zustand zu erhalten. Denn bei der Vornahme der gewöhnlichen Ausbesserungsarbeiten, die sich nicht als Veränderungen oder Erneuerungen umgestaltender Art darstellen, sondern lediglich den bestehenden Zustand erhalten, ist, wie sich durch Gegenschluß aus § 59 Ziff. 1 BauO. ergibt, § 12 Ziff. 2 nicht anwendbar. Derartige Ausbesserungen sind also grundsätzlich nach altem Baurecht zu beurteilen (vgl. auch OVG. 97, 208).

Im vorl. Fall handelt es sich, wie aus den eingereichten Zeichnungen und den eigenen Angaben des Kl. hervorgeht, um einen völligen Umbau und somit um eine bauliche Veränderung umgestaltender Art. Da diese Umgestaltung sich auf das ganze Haus, insbes. auch die Teile erstrecken soll, die nicht in dem durch die BauO. v. 1. Febr. 1912 vorgeschriebenen Abstand von der Straße errichtet sind, so hat die Baupolizei die beantragte Genehmigung mit Recht unter Berufung auf §§ 12 Ziff. 2, 59 Ziff. 1 BauO. abgelehnt.

(PrOVG., Urt. v. 4. Juli 1938, IV C 23/37.)

*

43. §§ 84—98 RAbgO. 1919; §§ 103—118 RAbgO. 1931.

1. Zur Haftung der Mitglieder von sog. Gründergesellschaften für Steuerschulden der Gründergesellschaft.

2. Kommt die Entstehung einer eingetragenen Genossenschaft mangels Eintragung nicht zustande, so haften die Mitglieder der Gründergesellschaft für die Steuerschulden dieser Gesellschaft als Gesamtschuldner.

Im Januar 1927 wurde in N. (Saarland) von einer Reihe von Kaufleuten (Kolonialwarenhändlern) ein „Detaillisten-Verband" gegründet zum Zwecke des gemeinschaftlichen Großeinkaufs von Waren für seine Mitglieder. Er gab sich eine Satzung, aus welcher erhellt, daß er demnächst die Rechtsform einer eingetragenen Genossenschaft mbH. erhalten sollte. Die beantragte Eintragung in das Genossenschaftsregister wurde jedoch abgelehnt. Gleichwohl bestand der Verband einstweilen weiter und besorgte Wareneinkäufe für seine Mitglieder, bis er am 1. Aug. 1927 sich auflöste. Wegen der während seines Bestehens bewirkten Lieferungen und Leistungen wurde der Verband rechtskräftig zur Umsatzsteuer veranlagt. Die Steuerschuld hat er aber nicht mehr beglichen. Das FinA. nahm darauf wegen dieser Schuld fünf Personen, die ihm als Mitglieder des Verbandes bezeichnet worden waren, haftweise in Anspruch, und zwar jede zu einem Fünftel der Schuldsumme.

Die Rechtsmittel einschließlich der RBeschw. an das PrOVG. (§ 5 der 1. DurchfVO. v. 22. Febr. 1935 [RGBl. I, 223] zum Ges. über die vorl. Verwaltung des Saarlands v. 30. Jan. 1935 [RGBl. I, 66]) wurden zurückgewiesen.

1. Der BeschwF. ist offenbar der Meinung, der Umfang der bürgerlich-rechtlichen Haftung der Mitglieder einer Genossenschaft für die im Namen der Genossenschaft vorgenommenen Rechtshandlungen sei, auch wenn die Genossenschaft mangels Eintragung als Rechtsperson nicht ins Leben getreten sei, jedenfalls von der Satzung abhängig und es müsse das entsprechend auch bei der Haftung dieser Mitglieder für Steuerschulden der Genossenschaft gelten. Dergestalt will also der BeschwF. den § 93 RAbgO. 1919 (jetzt § 113 RAbgO. 1931 in unveränderter Fassung) verstanden wissen, der lautet: „Wo Gesellschaften, Vereine oder Genossenschaften als solche der Besteuerung unterliegen, gelten für die persönliche Haftung der einzelnen Gesellschafter und Mitglieder sinngemäß die Vorschriften des bürgerlichen Rechts." Die Frage, wie in einem solchen Falle die Mitglieder nach bürgerlichem Recht für die im Namen der Gesellschaft erfolgten Rechtshandlungen haften, gehört, wie überhaupt die Frage der zivilrechtlichen Haftung der Mitglieder sog. Gründergesellschaften für die namens der Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, zu den in der Rechtslehre und der Rspr. besonders umstrittenen. Das erfordert daher zunächst einen allgemeineren Überblick über die nach bürgerlichem Recht bestehende Gesetzeslage und die sich daran knüpfenden verschiedenen Rechtsansichten.

Für das Recht der Aktiengesellschaften bestimmte bisher § 200 Abs. 1 HGB., daß die Handelnden persönlich und solidarisch haften, wenn vor der Eintragung der Gesellschaft in deren Namen gehandelt wird (ebenso § 34 Abs. 1 AktG. v. 30. Jan. 1937). Eine gleiche Vorschrift enthält § 11 Abs. 2 GmbHG. „Handelnde" i. S. dieser Vorschriften sind dabei regelmäßig die Geschäftsführer, über deren unbeschränkte und gesamtschuldnerische Haftpflicht mithin keine Zweifel bestehen können. Dagegen ist streitig, ob überhaupt, unter welchen Voraussetzungen und gegebenenfalls in welchem Umfang auch die Gründer und die sonstigen Gesellschafter für die im Namen der werdenden Aktiengesellschaft oder GmbH. vorgenommenen Rechtshandlungen haften. Für das Aktienrecht ist aus dem dem § 200 Abs. 1 HGB. zugrunde liegenden Rechtsgedanken geschlossen worden, daß auch die Gründer und die sonstigen Gesellschafter zwar nicht als solche, aber doch insoweit im einzelnen Falle gesamtschuldnerisch haftpflichtig seien, als in ihrem Interesse, mit ihrem Einvernehmen und mit ihrer Genehmigung Rechtsgeschäfte abgeschlossen wurden, daß also jedenfalls diejenigen Gesellschafter haften, welche die Geschäftsführer zu einem Handeln namens der Aktiengesellschaft veranlaßt hätten, und zwar, ebenso wie die dem Dritten unmittelbar gegenübergetretenen Geschäftsführer, gesamtschuldnerisch und persönlich unbeschränkt (vgl. RGZ. 55, 302, 304). Dieser Grundsatz ist dann auch auf die GmbH. ausgedehnt worden. Das RG. (vgl. RGZ. 70, 296, 301 f. = JW. 1909, 231) hat ausgesprochen, es sei wegen der Übereinstimmung des § 11 Abs. 2 GmbHG. mit dem § 200 Abs. 1 HGB. nicht einzusehen, weshalb nicht auch bei der GmbH. die Gesellschafter, mit deren Wissen und Willen vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister im Namen der GmbH., also so, wie wenn diese als solche bereits entstanden wäre, gehandelt sei, als „Handelnde" i. S. des § 11 Abs. 2 GmbHG. erachtet werden sollten. Wer hiernach mitverantwortlich sein soll, müsse gewollt haben, daß trotz der mangelnden Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister gehandelt werde. Denjenigen, der erst nachträglich von einer solchen Tätigkeit erfahre, könne die gesetzliche Verantwortung aus § 11 Abs. 2 a. a. O. allerdings nicht treffen, auch wenn er sich nachträglich einverstanden erkläre. Darauf, ob die Tätigkeit vor oder nach Abschluß des notariellen Gründungsvertrags entwickelt war — auch vorher bestand eine bürgerlich-rechtliche Gründergesellschaft — kommt es nicht an (RGZ. 122, 172 = JW. 1929, 648 [11]).

Es wird aber auch die Meinung vertreten, daß bzgl. der in Rechtsgeschäften mit dritten Personen nicht persönlich tätig gewordenen Gesellschafter der noch nicht eingetragenen Aktiengesellschaft oder GmbH. u. U. die ganz anders geartete Haftung aus dem Rechte der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB.) in Betracht kommen könne. Es bleibt dann jedoch die Frage offen, ob diese Haftung nach Maßgabe der Satzung auf das Gesellschaftsvermögen oder die Höhe der Stammeinlage jedes Gesellschafters sich beschränkt, oder ob sie entsprechend dem die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft beherrschenden Gesamthandsprinzip, also doch wieder entsprechend dem Grundsatz, wie ihn § 200 Abs. 1 HGB. und § 11 Abs. 2 GmbHG. enthalten, ohne Rücksicht auf die Satzung eine unbeschränkt persönliche und gesamtschuldnerische i. S. des § 427 BGB. ist (vgl. hierüber Scholz, „GmbHG." S. 154, 155, Anm. 6 und 8 zu § 11).

Für das Recht der eingetragenen Genossenschaft fehlt es an einer dem § 200 Abs. 1 HGB. und dem § 11 Abs. 2 GmbHG. entsprechenden Bestimmung. § 13 des Ges. betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften bestimmt, wie bereits angedeutet, lediglich, daß die Genossenschaft vor ihrer Eintragung in das Genossenschaftsregister die Rechte einer eingetragenen Genossenschaft nicht hat. Bis zu diesem Zeitpunkt wird die Genossenschaft in Rechtslehre und Rspr. als nicht rechtsfähiger Verein angesehen, zumal auch die eingetragene Genossenschaft als eine Sonderart des rechtsfähigen Vereins gilt (vgl. Parisius-Crüger, „Kommentar zum GenG.", 12. Aufl., Berlin und Leipzig 1932, S. 59, Anm. 2 zu § 5). Rechtsgeschäfte, die im Namen der Genossenschaft vor ihrer Eintragung vorgenommen werden, sind daher in bezug auf die aus ihnen sich ergebenden Verpflichtungen gemäß § 54 BGB. nach den Vorschriften über die Gesellschaft (§§ 705 ff. a. a. O.) zu beurteilen. Es haften somit die Handelnden stets persönlich als Gesamtschuldner (§§ 54, 427 BGB.). Wiederum erhebt sich aber die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Mitglieder der vor Eintragung der Genossenschaft bestehenden Gründergesellschaft als „Handelnde" in diesem Sinne angesehen werden können. Da in den §§ 705 ff. BGB. vielfach auf den Gesellschaftsvertrag verwiesen ist, so ließe sich denken, daß u. U. für die Frage und den Umfang der Haftung von Mitgliedern einer als solcher nicht zustande gekommenen eingetragenen Genossenschaft aus Rechtsgeschäften, bei denen diese Mitglieder selber nicht unmittelbar tätig gewesen sind, die Satzung Beachtung zu finden habe, obwohl sie als eine solche der eingetragenen Genossenschaft gedacht und als solche keine Rechtsverbindlichkeit erlangt hat. Dementsprechend hat das RG. (RGZ. 39, 25, 29 f.) entschieden, es könne für den Umfang der Haftung von Genossenschaftsmitgliedern aus Rechtshandlungen, die vor der Eintragung vorgenommen worden seien, gegebenenfalls von Bedeutung sein, daß die nicht zustande gekommene Genossenschaft als ein Zusammenschluß mit beschränkter Haftung der Mitglieder gedacht gewesen sei, und es komme dann wesentlich auf den bei den einzelnen Rechtsgeschäften jeweils zutage getretenen Verpflichtungswillen der Beteiligten an.

Die Frage, ob und in welchem Umfang die nicht selber unmittelbar handelnd gewesenen Mitglieder der sog. Gründergesellschaften für die aus rechtsgeschäftlicher Betätigung der Geschäftsführer entstehenden Verpflichtungen haften, ist also außerordentlich streitig. Zwar wird, jedenfalls für die Aktiengesellschaften und die GmbH., der Standpunkt eingenommen, daß eine solche Haftung dem Grundsatze nach bejaht werden könne und alsdann, entsprechend den im § 200 Abs. 1 HGB. und im § 11 Abs. 2 GmbHG. ausgesprochenen Rechtsgedanken, eine persönliche und gesamtschuldnerische i. S. des § 427 BGB. sein müsse. Dabei wird dann aber die Entscheidung, welche von den Mitgliedern eine derartige Haftung treffe, wesentlich von den Umständen des Einzelfalles abhängig gemacht. Schließlich kann, und, wie erwähnt, gerade für das Recht der Genossenschaften, auch die Möglichkeit der Annahme einer von vornherein satzungsmäßig beschränkten Haftung der oder einzelner Mitglieder für die vor der Eintragung der Vereinigung in das Register vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht durchaus von der Hand gewiesen werden.

2. Diese streitige Rechtslage kann aber bei Prüfung der Frage, in welcher Weise die Mitglieder von Gründergesellschaften für Steuerschulden dieser Gesellschaften haften, nicht ohne weiteres zugrunde gelegt werden. Als besonders unverwendbar müssen hier diejenigen rechtlichen Auffassungen ausscheiden, welche die Entscheidung der Frage der Haftbarkeit der Mitglieder von Gründergesellschaften auf den Einzelfall abstellen wollen, also darauf, wie der einzelne Gesellschafter jeweils in bezug auf das einzelne Rechtsgeschäft, das namens der Gesellschaft (oder Genossenschaft) vor ihrer Eintragung getätigt worden ist, sich verhalten habe. Denn in der Regel, besonders aber bei der Einkommen-, Körperschaft-, Gewerbe- und Umsatzsteuer, beruht der steuerliche Tatbestand nicht auf einzelnen Rechtsvorgängen, deren Verlauf sich etwa noch nachprüfen ließe; er erfaßt vielmehr das für einen bestimmten Zeitraum festgestellte Ergebnis einer fortlaufenden, aus einer Fülle von Einzelvorgängen sich zusammensetzenden Gesamtbetätigung einer Einzelperson oder einer Personenvereinigung. Für die Auslegung des hier wesentlich maßgebenden § 93 RAbgO. 1919, d. h. also besonders auch bei der nunmehr notwendigen Entscheidung der Frage nach der Haftung der Mitglieder von Gründergesellschaften für die aus deren Rechtshandlungen erwachsenen Steuerschulden, kann nur eine solche Lösung in Betracht kommen, die einmal den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen am besten Rechnung trägt und die vor allem es der Steuerbehörde ermöglicht, ohne zeitraubende und schwierige Untersuchungen und Nachforschungen die für die Steuerschulden haftenden Personen alsbald zu ermitteln und heranzuziehen. Es

kann der Steuerbehörde bei der Geltendmachung von Steuerforderungen gegenüber einer Gründergesellschaft, deren Zweck (Errichtung einer Aktiengesellschaft, GmbH. oder e. Genossenschaft) nicht verwirklicht worden ist, nicht zugemutet werden, erst noch den Gesellschaftsvertrag daraufhin prüfen zu müssen, ob und in welchem Umfang dort die Haftung der Gesellschafter, die für Steuern in Anspruch genommen werden sollen, vielleicht eingeschränkt sein könnte. Ebensowenig kann — wie das nach der Rspr. des RG. geschehen müßte — von der Steuerbehörde verlangt werden, daß sie sich mit den Vorgängen bei der Durchführung der Geschäfte befaßt, die schließlich die Entstehung der Steueransprüche gegen die Gesellschaft ausgelöst haben, um etwa festzustellen, mit welchem Verpflichtungswillen die Beteiligten bei den einzelnen Rechtsgeschäften aufgetreten sind. Das Steuerrecht muß vielmehr, gerade mit seinen Haftungsbestimmungen, eine tunlichst einfache Regelung anstreben.

Diese Gedanken erheischen es, daß in den gedachten Fällen, besonders aber dann, wenn die bürgerlich-rechtlichen Verhältnisse einer Personenmehrheit nach den Vorschriften des BGB. über Vereine und Gesellschaften zu beurteilen sind, für die Frage der steuerlichen Haftung der Mitglieder stets ohne weiteres der Grundsatz der Gesamthaftung durchgreift, dessen Geltung übrigens, wie dargelegt, auch für die bürgerlich-rechtliche Haftung bei Gründergesellschaften angenommen wird. Nur eine solche einfache und klare Regelung kann in der Absicht der Grundsätze gelegen haben, welche die RAbgO. 1919 mit ihrer Haftungsregelung in den §§ 84—98 (ebenso §§ 103—118 RAbgO. 1931) aufstellt und die überall das Bestreben zeigen, einen möglichst großen Kreis der an einem steuerlich erheblichen Tatbestand beteiligten Personen in die Haftung einzubeziehen (vgl. RFH. 13, 146, 150). Dies Bestreben kommt besonders in den §§ 93, 95 Abs. 1 RAbgO. 1919 (§§ 113, 115 Abs. 1 RAbgO. 1931) zum Ausdruck, insofern der (oben wörtlich mitgeteilte) § 93 (jetzt § 113) RAbgO. so verstanden werden kann, daß nur für die Frage, ob die Gesellschafter neben der Gesellschaft haften, auf das bürgerliche Recht verwiesen wird, daß aber die Frage, wie gehaftet wird, allgemein nach § 95 Abs. 1 (Gesamtschuldner) sich richtet. Für die Gesellschafter einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft kommt hinzu, daß der in § 93 a. a. O. vorausgesetzte Fall (Haftung der Gesellschafter neben der Gesellschaft) im bürgerlichen Recht nicht vorkommt, da die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft als solche nicht Träger von Rechten und Pflichten ist. Es ist daher nur recht und billig, solche Gesellschafter steuerrechtlich ebenso haften zu lassen als wären sie die Steuerschuldner. Ebenso hat stillschweigend der RFH. entschieden in RFH. 33, 40 und in Mrozeks Kartei, „GrErwStG.", § 3, Abschn. III Rechtspruch 8. Die Steuerbehörde hat daher bei Gründergesellschaften nach §§ 79 Abs. 2, 95 Abs. 1 RAbgO. 1919 die Wahl, sich an die Geschäftsführer oder an die Mitglieder oder an einzelne Mitglieder der Gesellschaft zu halten, wobei die Haftung der hiernach nebeneinander verpflichteten Personen sich bereits nach dem Grundsatz der Gesamtschuldnerschaft richtet. Aber auch wenn, wie § 93 a. a. O. vorschreibt, sinngemäß die Grundsätze des bürgerlichen Rechts angewendet werden, braucht sich nach dem oben Gesagten für die Mitglieder von Gründergesellschaften keine andere Haftungsfolge zu ergeben. Denn daß die einzelnen Gesellschafter für die von der Gesellschaft geschuldeten Steuern auch als Gesamtpflichtige haften, entspricht nicht nur dem die bürgerliche Gesellschaft nach BGB. an sich beherrschenden Gesamthandsprinzip, sondern auch der für das Steuerrecht gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise, die es rechtfertigt, die Gesellschafter steuerlich regelmäßig wie Mitunternehmer zu behandeln (vgl. RFH. 5, 47, 49). Es gilt also für die steuerliche Haftung der Mitglieder sog. Gründergesellschaften, jedenfalls solcher Personenvereinigungen, auf welche die Vorschriften des BGB. über die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft Anwendung finden, der § 427, nicht aber der § 420 BGB. Voraussetzung ist nach § 93 a. a. O. lediglich, daß die Gesellschaft als solche der Steuerpflicht unterlegen hat. Überdies sieht diese Bestimmung eine unmittelbare Anwendung der Vorschriften des BGB., nach denen, wie die vorstehenden Ausführungen ergeben, eine bürgerlich-rechtliche Haftungsbeschränkung an sich wohl möglich und für die Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern und Dritten u. U. auch beachtlich wäre, ohnehin nicht vor; nur eine „sinngemäße"; dies kann nur heißen: eine den Grundgedanken des Steuerrechts nicht widersprechende Anwendung jener Bestimmungen ist vorgeschrieben (vgl. Becker, „RAbgO.", 7. Aufl., 1930, S. 308, 309, Anm. 2 zu § 93). Einer der Grundgedanken des Steuerrechts ist aber eben in dem Satz enthalten, daß eine gesamtschuldnerische Haftung stattfindet, wenn mehrere Personen, sei es unmittelbar, sei es an Stelle des eigentlichen StPfl., nebeneinander für eine Steuerschuld haften (§ 95 Abs. 1 RAbgO. 1919).

Daß die erwähnte Voraussetzung auch in der hier zu entscheidenden Sache, in der es sich um Umsatzsteuerrückstände einer als solcher nicht zustande gekommenen eingetragenen Genossenschaft handelt, zutrifft, kann keinem Zweifel unterliegen. Mithin haften neben den Geschäftsführern, aus deren Betätigung die Steuerrückstände entstanden sind, auch die sämtlichen Mitglieder der Gründergesellschaft persönlich als Gesamtschuldner.

3. Die Beschw. rügt ferner Verletzung des für das saarländische Steuerrecht gemäß der VO. v. 1. Dez. 1920 gleichfalls geltenden § 6 RAbgO. 1919 (vgl. § 11 RAbgO. 1931). Die Steuerbehörde habe, anstatt alle bei der Gründung des Detaillistenverbandes beteiligt gewesenen Personen gleichmäßig mit einem der Kopfzahl entsprechenden kleinen Teilbetrag zur Haftung heranzuziehen oder den Vorstand allein verantwortlich zu machen, willkürlich die fünf ihr namhaft gemachten Personen herausgegriffen. Auch dieser Einwand greift nicht durch. Wenn die BerInst. hierzu ausführt, daß die Maßnahme der Steuerbehörde sowohl im Hinblick auf die anzuwendenden Haftungsbestimmungen der RAbgO. als auch in Anbetracht der bei Erlaß der Haftungsbescheide vorliegenden tatsächlichen Verhältnisse keine Unbilligkeit i. S. des § 6 a. a. O. darstelle, so kann auch darin weder ein Rechtsirrtum noch ein sonstiger Rechtsfehler gefunden werden.

Wie zu 2 dargelegt, haben die Mitglieder des Detaillistenverbandes für die während seines Bestehens erwachsenen Umsatzsteuerschulden persönlich als Gesamtschuldner zu haften. Es ist das Wesen einer solchen Haftung, daß jeder Schuldner auf den vollen Betrag der Steuerschuld in Anspruch genommen werden kann mit der Maßgabe, daß durch Zahlung seitens des einen die anderen befreit werden (§ 421 BGB.). Wen die Steuerbehörde von den mehreren Gesamtschuldnern heranziehen will, entscheidet sie nach ihrem Ermessen. Dabei hat sie allerdings nach Recht und Billigkeit zu verfahren. Von dieser Richtschnur ist das FinA. im vorl. Falle aber auch nicht abgewichen. Bei Erlaß der Haftungsbescheide waren ihm nur die ihm bezeichneten fünf Personen als ehemalige Mitglieder der steuerpflichtigen Genossenschaft bekannt. Die Steuerbehörde hatte nicht die Pflicht, sich vor Inanspruchnahme dieser Personen zunächst noch nach dem Verbleib der übrigen Mitglieder zu erkundigen. Überdies hat sie, offenbar in dem Bestreben, einen tunlichst billigen Ausgleich zu versuchen, von jedem der ihr namhaft gemachten Mitglieder des Verbandes nur den fünften Teil der Steuerschuld und nicht, wie sie es ohne weiteres hätte tun können, den Gesamtbetrag verlangt, ist also den Verpflichteten bereits weiter entgegengekommen, als diese es nach dem Gesetz erwarten konnten. (Wird weiter ausgeführt.)

4. Der BeschwF. wiederholt endlich in der BeschwInst. seine schon früher vorgetragene Behauptung, daß er nur kurze Zeit Mitglied der Genossenschaft gewesen sei; er sei bereits geraume Zeit vor der Auflösung des Verbandes ausgeschieden; wenn er auch im August 1927 noch Waren durch den Verband bezogen habe, so besage das nichts, da das auch andere Nichtmitglieder getan hätten. Die Berufungskommission erwägt hierzu ... (Wird dargestellt.) Nach den Ausführungen zu 2 kommt es auf diese Frage in der Tat nicht an, nachdem, was der BeschwF. nicht bestreitet, feststeht, daß er überhaupt Mitglied der Genossenschaft gewesen ist. Nach dem Gründungsprotokoll hat er auch dem Aufsichtsrat angehört. Gemäß Ziff. 9 der Satzung konnte er seine Mitgliedschaft übrigens nur mit einer Frist von drei Monaten kündigen und gemäß § 65 GenG. erst zum Schlusse des Geschäftsjahres ausscheiden. Allenfalls könnte die Dauer seiner Mitgliedschaft bei der Entscheidung eine Rolle spielen, ob etwa durch den an den BeschwF. gerichteten Haftungsbescheid gegen den Grundsatz von Recht und Billigkeit (§ 6 RAbgO. 1919) verstoßen worden sei. Das trifft aber, wie auch die BerInst. bereits zutreffend hervorgehoben hat, schon deshalb nicht zu, weil der BeschwF. nicht für die ganze Steuerschuld, sondern nur für einen verhältnismäßigen Teil haftbar gemacht worden ist.

(PrOVG., Urt. v. 29. März 1938, VIII Saar 84/35.)

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18II. Stellvertreter: Schriftleiter Rudolf Leppin, Berlin. Anzeigenleiter: Paul Goldstein, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Durchschnittsaufl. 3. Vj. 38: 20 000. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Leipzig.